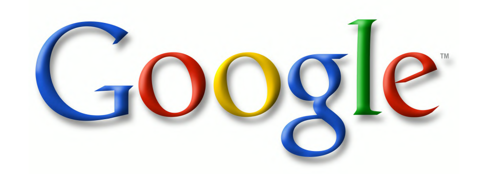
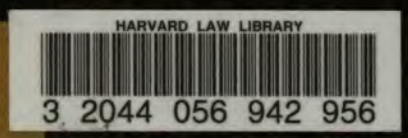



HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 942 956


HD


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

Die

# Compensation im Concurse

nach

## österreichischem Rechte

und mit

### Berücksichtigung concursrechtlicher Normen des Deutschen Reichs.

---

Von

**Dr. Emil von Schrutka-Rechtenstamm,**

*a. ö. Professor der Rechte an der Universität in Czernowitz.*




**Berlin.**

Carl Heymann's Verlag.

1881.

*„Abrechnen ist gut bezahlen."*

**Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprüchwörter, S. 287.**

Seinem Lehrer und Freunde,

*Herrn Dr. Franz Hofmann,*

*o. ö. Professor des römischen und österreichischen Civilrechtes an der Wiener Universität,*

in Dankbarkeit

zugeeignet.

# Vorwort.

In dem neuesten Buche über Compensation, in jenem von Eisele[1]) wird die Lehre von der Compensation im Concurse kaum berührt. (S. 311, 312.) Der Verfasser begnügt sich damit, in wenig Worten den Standpunkt der herrschenden gemeinrechtlichen Doctrin zu kennzeichnen, ohne selbst in den einschlägigen Fragen Stellung zu nehmen. Dieselben gehören in das materielle Concursrecht und seien daher in seiner Monographie nicht zu erörtern.

Dagegen hat Dernburg in seiner „Geschichte und Theorie der Compensation" unserer Lehre eine ausführlichere Darstellung[2]) gewidmet.

Wenn nun in der vorliegenden Abhandlung eine abermalige Bearbeitung dieses Gegenstandes versucht wird, so liegt der Grund darin, weil der Dernburg'schen Darstellung eine juristische Construction des Concurses zum Grunde liegt, die auf dem Boden gemeinrechtlicher Doctrin und Praxis erwachsen, für unser modernes[3]) Concursrecht kaum brauchbar ist.

---

[1]) Eisele Die Compensation nach Römischem und gemeinem Recht. Berlin 1876.

[2]) H. Dernburg Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte mit besonderer Rücksicht auf die preussische und französische Gesetzgebung. 2. Aufl. Heidelberg. S. 429—444, § 51: „Compensation im Concurse".

[3]) Daher hat denn auch Dernburg bei der Darstellung der Compensation im Concurse in seinem Lehrbuch des Preussischen Privatrechtes und der Privatrechtsnormen des Reichs, 2. Band 2. Aufl. S. 293—296, die frühere Basis verlassen.



Nicht ein Uebergang des Activvermögens auf die „Concursmasse“ und ein durch ihn bewirkter Mangel der Gegenseitigkeit der Forderungen darf als Erklärungsgrund für die eigenthümlichen Modificationen des Compensationsrechtes im Concurse herangezogen werden.[4]) Denn mit den sowohl im gemeinen als in den Particularrechten herrschenden Successionsvorstellungen hat die heutige Theorie des Concursrechtes vollständig gebrochen. Das bleibende Verdienst dieser Erkenntniss gebührt den vortrefflichen Motiven zu der neuen Concursordnung für das Deutsche Reich (Hagens) und der ebenso ansprechenden als klaren constructiven Arbeit von Aug. Sigm. Schultze „Das deutsche Concursrecht in seinen juristischen Grundlagen.“ Berlin 1880.

Auf dieser neu gewonnenen Basis soll sich unsere Darstellung bewegen. Dieselbe geht vom österreichischen Rechte aus, berücksichtigt natürlich die sich an die preussische Concursordnung, das Vorbild der österreichischen, anschliessende Praxis der preussischen Gerichte, und verweist passenden Ortes auch auf die Bestimmungen der deutschen Reichs-Concursordnung,[5]) des am meisten gelungenen Elaborates unter den grossen neuen deutschen Justizgesetzen.

Kammer am Attersee, am 22. September 1880.

---

[4]) Nicht ohne Geschick geht einer solchen Erklärung aus dem Wege Johann Heller Zur Lehre von der Compensation im Concurse. Gerichtshalle 1876 No. 6—8, 10—14.

[5]) Concursordnung für das Deutsche Reich vom 10. Februar 1877, Reichsgesetzblatt Stück No. 10, ausgegeben zu Berlin den 5. März 1877 (S. 351 des Jahrganges) mit Gesetzeskraft seit 1. October 1879. Eine Uebersicht über die bisherige Litteratur des deutschen Reichs-Concursrechtes giebt Schultze in Goldschmidt's Zeitsch. für das gesammte Handelsrecht XXV, S. 339 ff. Doch ist hier der lichtvollen Darstellung von Dernburg in seinem oben in Anm. 3 citirten Lehrbuche nicht gedacht.

# Inhalt.

## § 1.

## Die Principien der Compensation im österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche.

Die Doctrin unterscheidet in hergebrachter Weise die vertragsmässige Compensation (compensatio voluntaria) von der gerichtlichen (compensatio necessaria).

Zwar bezeichnet Habietinek[1]) diese ganze Eintheilung nur als „einen traurigen Ueberrest längst überwundener Distinctionswuth", denn das, was man compensatio voluntaria zu nennen pflege, sei eigentlich nur ein liberatorischer Vertrag, nicht aber eine Compensation.

Es soll nun nicht in Abrede gestellt werden, dass diese beiden Rechtsgeschäfte eine wesentliche Verschiedenheit aufweisen. Denn während sich die vertragsmässige Compensation durch den übereinstimmenden Willen der Betheiligten und ohne Dazwischenkunft des Gerichtes vollzieht, wird die gerichtliche Compensation dem Einen der Betheiligten durch den Richter aufgedrungen.

Allein in gewissen allgemeinen Grundlagen stimmen die vertragsmässige und die gerichtliche Compensation miteinander überein. Bei beiden stehen zwei Gläubiger, von denen jeder zugleich Schuldner des anderen ist, einander gegenüber und

---

[1]) Beiträge zur Theorie der Compensation nach österreichischem Recht mit Rücksicht auf das gemeine Recht, in Haimerl's Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft XVI. Band, S. 192, Note **).

Jeder von ihnen will von seiner Schuld dadurch befreit werden, dass er seine Forderung aufopfert.

Das richtige Princip des Rechtsinstitutes der Compensation lässt sich unseres Erachtens nur dann ergründen und feststellen, wenn man von der Betrachtung der vertragsmässigen Compensation ausgeht, und die bei dieser gewonnenen Gesichtspunkte für die juristische Construction der gerichtlichen Compensation verwerthet.

Wenn A dem B 100 fl. schuldig ist, und auch B dem A 100 fl. schuldet, so kann man noch immer nicht behaupten, dass die beiden Schuldverhältnisse auf einander Einfluss nehmen müssen. Die Untersuchungen von Schwanert[2]) und Eisele[3]), deren Ergebnisse für das heutige Recht im Wesentlichen übereinstimmen, haben u. E. zur Evidenz dargethan, dass die Thatsache, dass zwei oder mehrere Forderungen zwischen denselben Personen einander gegenüberstehen, die gegenseitigen Rechte weder tilge noch sonst irgendwie afficire.

Die Natur der Sache verlangt eine gegenseitige Affection keineswegs.[4]) Abgesehen von positiven Bestimmungen gilt hier die alte Rechtsparömie: „Une dette n'empèche pas l'autre." A ist und bleibt vorläufig verpflichtet, dem B 100 fl., und B ist und bleibt vorläufig verpflichtet, dem A 100 fl. zu zahlen.

Befinden sich die beiden Schuldner-Gläubiger an verschiedenen Orten, so wird die gegenseitige Baarzahlung einen doppelten „Werthtransport" erfordern.

Es liegt nun der Gedanke nahe, Kosten und Gefahr dieses doppelten Baargeldtransportes dadurch zu vermeiden, dass

---

[2]) Compensation S. 60.

[3]) Compensation S. 211, 259. Vgl. auch Thon Rechtsnorm und subjectives Recht S. 270.

[4]) Anderer Meinung u. A. Otto Freih. v. Völderndorff Concursordnung für das Deutsche Reich 1. Abth. S. 487.

A und B sich gegenseitig ihre Forderungen in einem eigenen Vertrage erlassen.

Durch diesen wechselseitigen Erlassvertrag wird ganz derselbe Effect erzielt, wie durch eine wechselseitige Zahlung, vorausgesetzt natürlich, dass, wie in unserem Beispiele, Forderung und Gegenforderung gleichgiltig und zwar von so absolut indifferentem Inhalte sind, dass man mit ihnen gleich wie mit blossen Zahlen rechnen kann.[5])

Nur dort, wo eine so geartete Gleichgiltigkeit der gegenseitigen Forderungen vorhanden ist, wird eine vertragsmässige Compensation im wohlverstandenen Interesse beider Theile liegen. Wo diese Gleichgiltigkeit fehlt, werden die Betheiligten kaum eine vertragsmässige Aufrechnung ihrer wechselseitigen Ansprüche anzustreben Veranlassung haben.

Diese Gleichgiltigkeit des Inhaltes beider Forderungen darf aber nicht bloss in einem formaljuristischen, sie muss vielmehr auch in einem ökonomischen Sinne verstanden werden. Und damit berühren wir schon an dieser Stelle eine Thatsache, die, wie im Verlaufe dieser Untersuchung dargethan werden wird, äusserlich als Erklärungsgrund für jene Einschränkungen angeführt zu werden pflegt, welche das Recht der Compensation wegen eines obschwebenden Concursprocesses erleidet.

Wenn bei der vertragsmässigen Compensation der Eine der Schuldner-Gläubiger dem Anderen die Schuld nachlässt, so thut er dieses, weil ihm auch seinerseits seine Schuld nachgelassen wird. Jeder der Genannten hat für die Befreiung des Anderen ein Aequivalent in der Befreiung von der eigenen Schuld.[6]) Ein solches Aequivalent ist aber nicht immer schon deswegen vorhanden, weil der A dem B und der B dem A die gleiche Summe, also z. B. 100 fl., schulden.

---

[5]) Brinz Lehrbuch der Pandekten 2. Band, 1. Abth. 2. Aufl. S. 425.

[6]) Fuchs Der Deutsche Concursprocess, 1877, S. 83.

Denn wenn z. B. nur A solvent ist, während bei B ein Vermögensverfall eintrat, so kann vom ökonomischen Standpunkte aus nicht behauptet werden, die Forderung des A an den insolventen B auf 100 fl. sei gleichgiltig, gleichwerthig mit der Forderung des B an den solventen A auf 100 fl.

A ist im Stande die Forderung des B voll zu bezahlen, B kann der Forderung des A nur tributorisch genügen.[7]) Die Forderung des B ist daher ökonomisch werthvoller, als jene des A; und darum ist der Erlass der einen Forderung kein Aequivalent für den Erlass der anderen.

Die ökonomische Lage des A ist eine völlig verschiedene, je nachdem compensirt oder zur Zahlung gegriffen wird. Das ergiebt sich aus der folgenden einfachen Betrachtung.

Im Falle, als eine wechselseitige Baarzahlung angestrebt wird, erleidet A offenbar eine ökonomische Einbusse, denn während er die vollen 100 dem insolventen B bezahlt, erhält er von diesem entweder gar Nichts oder vielleicht mit grösster Mühe nur eine Summe, die unter dem Vollbetrage von 100 bald mehr bald weniger zurückbleibt, je nach dem Grade des Vermögensverfalles.

Im Falle der Compensation aber gewinnt A; denn er erlässt eine im Werthe verminderte Forderung und wird von einer Zahlung befreit, die er sonst voll geleistet haben würde.

Soviel steht übrigens fest, dass es Fälle giebt, wo die beiderseitigen Forderungsrechte mit derselben Sicherheit und Vollkommenheit, wie durch beiderseitige Zahlung, auch auf dem einfacheren Wege der Compensation getilgt werden können. Die einfachere Tilgungsart liegt dann im wolverstandenen Interesse der Betheiligten.

Diese Fälle sind es, und nur diese, welche die Gesetz-

---

[7]) Vgl. die Motive 1. Instanz in der Entsch. bei G. U. W. (Samml. von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes herausgegeben von Glaser, Unger und v. Walther) No. 1262; dann G. U. W. No. 1939.

gebung dem Zwange der gerichtlichen Compensation unterwerfen darf. Bei diesen Fällen allein ist es gerechtfertigt, den Einen der Gläubiger-Schuldner, der dem beiderseitigen wohlverstandenen Interesse zuwider sich zu der einfacheren Schuldentilgung durch eine vertragsmässige Compensation nicht verstehen will, über Antrag des Anderen zur gerichtlichen Compensation zu verhalten.

Damit hätten wir das Grundprincip der gerichtlichen Compensation gewonnen, das etwa lautet: Wo die gegenseitigen Forderungsrechte mit dem gleichen ökonomischen Erfolge, wie durch Effectivzahlung, auch auf dem Wege gegenseitigen Erlasses bez. gegenseitiger Aufrechnung befriedigt werden können, da ist Jeder der beiden Schuldner berechtigt, die Zahlung zu verweigern und dem Gläubiger die Aufrechnung anzubieten und Jeder der beiden Gläubiger bei Vermeidung processualischen Zwanges auch verpflichtet, die Aufrechnung zuzulassen.[8])

Aus dem so formulirten Rechtsprincipe folgt nun der weitere für die richtige Auffassung unseres Institutes höchst wichtige Grundsatz: Es ist mit dem Wesen der Compensation unvereinbar, ihre Wirkungen schon in jenem Momente eintreten zu lassen, wo bloss die Möglichkeit derselben vorhanden war, wo also compensable Gegenforderungen einander gegenüberstanden, ohne dass die Compensation derselben verlangt worden wäre.

Mit diesem aus dem Wesen des Institutes folgenden Grundsatze steht nun im allergrellsten Widerspruche der § 1438 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches.

Derselbe lautet: „Wenn Forderungen gegenseitig zusammentreffen, die richtig, gleichartig, und so beschaffen sind, dass eine Sache, die dem Einen als Gläubiger gebührt, von diesem auch als Schuldner dem Anderen entrichtet werden kann; so entsteht, insoweit die Forderungen sich gegenein-

---

[8]) Eisele Compensation S. 232.

ander ausgleichen, eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten (Compensation), welche schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirket.“[9])

Es möge gleich hier die Bemerkung vorweg genommen werden, dass durch den Schlusssatz des angeführten Paragraphen die Compensation nicht, wie hie und da angenommen wird, als eine Art von Zahlung bezeichnet werden soll; mit diesen Worten soll nur gesagt werden, dass die (durchgeführte) Compensation die Zahlung ersetze, dass also ihr ökonomischer Erfolg derselbe ist, wie der der wechselseitigen Effectivzahlung, nämlich die Befriedigung der beiden Gläubiger-Schuldner.[10])

Die civilistische Unmöglichkeit und Ungereimtheit dieses im § 1438 ausgesprochenen Vonselbstaufgehobenseins ist fast allgemein anerkannt.

Das allg. bürgerliche Gesetzbuch hat aber auch nirgends von diesem an die Spitze der Normen über Compensation gestellten Grundsatze eine Anwendung gemacht.

Vielmehr hat das Gesetzbuch in einem der folgenden Paragraphen (§ 1442) durchschimmern lassen, dass bei der Entscheidung der die Compensation betreffenden Fragen in der Regel ein anderes Princip zum Grunde zu legen sei, ein Princip, das dem ganzen Charakter des Institutes mehr entspricht.

---

[9]) Im westgalizischen Gesetzbuch (Patent vom 13. Februar 1797 J. G. S. No. 337) III. § 567 lautet dieser Paragraph: „Wenn gegenseitige Forderungen zusammentreffen, die nicht nur richtig und gleichartig, sondern auch so beschaffen sind, dass eben dieselbe Sache, die dem Einen als Gläubiger gebührt, von diesem auch als Schuldner dem Andern entrichtet werden kann, so entsteht eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten (Compensation), welche selbst von Rechtswegen die gegenseitige Zahlung bewirkt.“

Die Redactoren des allg. bgl. Gb. glaubten den Sinn des „ipso jure“ richtiger mit dem Ausdruck „schon für sich“ wiederzugeben. Vgl. auch die Beilage zum Vortrag v. 8. Jänner 1808 bei Pfaff und Hofmann Excurse über öst. allg. bgl. Recht I. Band, 1. Heft, S. 83, bei Anm. 173.

[10]) Hasenöhrl Das öst. Obligationenrecht in systematischer Darstellung mit Einschluss der handels- und wechselrechtlichen Lehren. S. 38, Anm. 49.

Dasselbe ist in den Worten ausgesprochen: „Der Schuldner kann die Forderung, welche er hat, in Abrechnung bringen“; mit anderen Worten, es bleibt ihm überlassen, entweder von seinem Rechte zur Compensation Gebrauch zu machen, oder aber seinen Gläubiger zu befriedigen und sohin gegen diesen seine Gegenforderung in einem besonderen Rechtsstreite durchzusetzen.

Der § 1442 allg. bgl. Gb. handelt nämlich von der Zulässigkeit der Compensation gegen eine Forderung, welche allmählig auf Mehrere übertragen wurde und schliesst alle Gegenforderungen, welche dem Schuldner gegen einen der Zwischeninhaber zustanden, von der Compensation aus.[11])

Das österreichische Recht kennt somit zwei Principien des Rechtsinstitutes der Compensation, zwei Principien, die in einem fast unversöhnlichen Gegensatze zu einander stehen.

Es ist nun die Aufgabe der Doctrin, für jedes dieser beiden Principien die Grenzen seiner praktischen Wirksamkeit festzustellen und vielleicht auf diesem Wege ein Nebeneinanderbestehen derselben als erträglich erscheinen zu lassen.

Unger[12]) scheint das Problem in der Weise lösen zu wollen, dass er die Compensation als einen sog. bedingt ipso jure wirkenden Vertheidigungsgrund ansieht.

Es giebt, so führt er aus, rechtsvernichtende Thatsachen, welche zwar unmittelbar wirken, welche aber diese Wirkung der Vernichtung nur dann haben, wenn der Verpflichtete dies will. Wenn solche Thatsachen wirken, so sind sie allein es, welche den betreffenden Effect der Rechtsaufhebung hervorbringen, dass sie aber wirken, hängt vom Willen der betreffenden Partei ab: solche Thatsachen wirken zwar für sich (ipso jure),

---

[11]) Habietinek a. a. O. S. 203, 204.

[12]) System des öst. Privatrechtes, 2. Band S. 490 ff. Dagegen Dernburg Geschichte und Theorie der Compensation nach röm. und neuerem Rechte. 2. Aufl. S. 298 ff.

aus eigener Kraft („von selbst“ in dem Sinne von propria vi ac potestate), sie wirken aber nicht von selbst in dem Sinn von „ohne weiteres“ (proprio motu), sondern nur in Folge eines vom hierzu Berechtigten ausgehenden Anstosses: es sind bedingt ipso jure wirkende Umstände. Diese ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründe gehören zwar zu den Einreden im weiteren Sinne, sie bewahren aber diesen Charakter nicht rein, sondern bilden eine Uebergangsstufe zu den technischen Exceptionen. Sie unterscheiden sich von den ope exceptionis wirkenden Vertheidigungsgründen dadurch, dass die betreffende Wirkung unmittelbar durch sie selbst hervorgebracht wird, während bei den Exceptionen der Beklagte es ist, der durch seine Thätigkeit das bestehende Recht aufhebt; und darin, dass durch die Geltendmachung eines mittelbaren (ope exceptionis wirkenden) Aufhebungsgrundes das Recht ex nunc aufgehoben wird, während es in den Fällen eines bedingt ipso jure wirkenden Umstandes ex tunc, d. h. von der Zeit an aufgehoben ist, wo die betreffende rechtsvernichtende Thatsache eingetreten ist. Dagegen kommen diese bedingt ipso jure wirkenden Vertheidigungsgründe mit den ope exceptionis wirkenden darin überein, dass sie nur mit dem Willen des Beklagten wirken, und dass diese Möglichkeit, den fraglichen Thatsachen den erforderlichen Impuls zu geben, als ein eigenes selbständiges Recht des Beklagten erscheint.

Bei den Exceptionen sei das klägerische Recht ein durch den Beklagten aufhebbares, bei den in Rede stehenden Einreden ein mit seinem Willen aufgehobenes, in allen anderen Fällen von Einreden im weiteren Sinn ein von selbst (ohne Rücksicht auf den Willen des Beklagten) aufgehobenes: dort hebt der Beklagte das Klagerecht auf, hier wirkt die Thatsache für sich, nur bald von selbst, bald in Folge eines vom Beklagten ausgehenden Anstosses. Deshalb heisse es im § 1438 a. b. G. B., dass die Compensation „schon für sich“ die Zahlung bewirkt; daher hängt es aber auch vom Beklagten ab, ob

Compensation stattfindet oder nicht, d. h. ob die Gegenforderungen einander tilgen oder nicht.

Soweit Unger. Seinen Ausführungen setzt Dernburg mit Recht entgegen, dass eine Wirkung, die nur in Folge eines von einer der Parteien ausgehenden Anstosses eintritt, nach den Gesetzen natürlicher Logik nie aus der bloss eigenen Kraft der Thatsachen hervorgegangen sei. Jener Anstoss ist und bleibt eine der causalen Bedingungen jener Wirkung. Es erscheint als Selbsttäuschung, zu sagen, dass die Wirkung eintrete, sei vom Willensacte der Parteien abhängig; wenn sie aber nun eintrete, so vollziehe sie sich blosz durch die Macht der Thatsache. Bedarf es der Berufung einer Partei zum Eintritt der Compensation, so lässt sich nie mehr behaupten, dass die Compensation bloss auf Grund der thatsächlichen Verhältnisse ohne deren Thätigkeit zur Wirksamkeit komme, sondern höchstens die Compensation, welche durch sie ins Leben getreten ist, sei schon für die Zeit vor der Berufung zu datiren, auf die vergangene Zeit zurückzuziehen.

In den letzten Worten ist unseres Erachtens derjenige Gesichtspunkt angedeutet, von welchem aus allein eine solche Construction unseres Rechtsinstitutes möglich ist, wie sie den im allg. bürg. Gesetzbuche enthaltenen Grundsätzen entspricht.

Die Compensation kann ohne Thätigkeit des zu derselben Berechtigten nicht eintreten (arg. § 1442 a. b. G. B.) — ist sie aber eingetreten, dann wirkt sie zurück (ex tunc), dann gelten die Forderungen als schon in jenem Momente durch einander aufgehoben, wo sie als compensabel gegenseitig zusammentrafen. (§ 1438 a. b. G. B.)[13])

Wenn somit Forderungen gegenseitig zusammentreffen, die richtig, gleichartig und so beschaffen sind, dass eine Sache, die dem Einen als Gläubiger gebührt, von diesem auch als Schuldner dem Anderen entrichtet werden kann, so gerathen die For-

[13]) Stubenrauch Das allg. bgl. Gesetzbuch 3. Band S. 680 (1. Auflage).



derungen, insoweit sie sich gegen einander ausgleichen, in einen Schwebezustand; wird Compensation verlangt und vom Richter zugelassen, so wird dieser Zustand der Pendenz rückwärts als Aufgehobensein bestimmt; wird aber auf das Compensationsrecht verzichtet, oder dem Compensationsantrage vom Richter keine Folge gegeben, so entscheidet es sich gleichfalls rückwärts, dass die sich deckenden Forderungen nebeneinander unberührt bestanden haben.[14])

Auf Grund der gewonnenen Resultate möge nunmehr auch noch die Frage erörtert werden, ob denn der von Ulpian in l. 10 § 1 D de compens. (16,2) ausgesprochene Grundsatz: Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto[15]), auch im österreichischen Rechte Geltung habe.

Diese Frage gehört streng genommen nicht in den Rahmen der vorliegenden Abhandlung. Allein sie dient wenigstens mittelbar dazu, die Vortheilhaftigkeit der Compensation im Concurse ins Licht zu stellen; und darum möge uns die folgende kleine Abschweifung von unserem eigentlichen Gegenstande freundlich nachgesehen werden.

Hält man nur an dem im § 1438 allg. bürgl. Gb. ausgesprochenen Principe unverwandt fest, dann ist die Beantwortung der gestellten Frage leicht und einfach.

Denn dann gelten die wechselseitigen Forderungen als schon in jenem Momente aufgehoben, wo sie als compensabel einander gegenüber traten. Zahlt der Eine von den beiden

---

[14]) Eisele Die Compensation S. 217, 218. Die im Texte für das öst. Recht vertretene Theorie hat in den Quellen des gemeinen Rechtes keinen Anhaltspunkt. Mit den Bestimmungen des a. b. G. B. steht sie nicht nur nicht im Widerspruche, sondern sie ist unseres Erachtens die einzige Construction dieses Rechtsinstitutes, die mit den beiden im bgl. Gb. ausgesprochenen Compensations-Principien in Einklang gebracht werden kann.

[15]) Vgl. 1 30 D de cond. ind. (12, 6): Qui invicem creditor idemque debitor est, in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, si solvit, non habet condictionem veluti indebiti soluti, sed sui crediti petitionem.



Gläubiger-Schuldnern aus Irrthum dem Anderen eine solche, bereits aufgehobene Forderung, so kann er zweifellos das irrthümlich Gezahlte mit der condictio indebiti zurückfordern. (§ 1431 allg. bgl. Gb.)

Anders und schwieriger gestaltet sich die Beantwortung der angeregten Frage, wenn man dafür hält, dass nach österreichischem Rechte die Compensation nicht schon kraft der Coexistenz compensabler Forderungen allein, sondern nur eintritt, wenn dem Antrage des Gläubiger-Schuldners auf Zulassung der Compensation vom Richter Folge gegeben wird, in welchem Falle allerdings die Wirkung der Compensation auf jenen Zeitpunkt, wo die beiden Forderungen einander als compensable gegenübertraten, zurückbezogen werden muss.

Nach dieser Theorie bleiben die compensablen Forderungen zu Recht bestehen; es ist zunächst nur die Möglichkeit vorhanden, dass die Forderungen dereinst durch Compensation mit der Wirkung ex tunc aufgehoben werden könnten.

Wenn nun der Eine der beiden Gläubiger-Schuldner dem Anderen die Forderung bezahlt und zwar bezahlt unter dem Einflusse eines solchen Irrthums, wie er bei der condictio indebiti des öst. Rechtes vorausgesetzt wird, kann man da mit Sicherheit behaupten, es treffen hier die sämmtlichen Voraussetzungen des § 1431 allg. bgl. Gb. zusammen?

Man könnte zunächst geneigt sein, diese Frage zu verneinen: denn es fehle vor Allem das indebitum. Die Forderung des Zahlungsempfängers besteht ja vollkommen zu Recht; die Möglichkeit, dass sie künftig durch Compensation aufgehoben werden kann, steht ihrer gegenwärtigen rechtlichen Wirksamkeit nicht nur nicht im Wege, sondern setzt dieselbe vielmehr voraus. Die Forderung, die möglicherweise künftig wegfallen kann, ist gegenwärtig noch kein indebitum. Ist die Zahlung einmal erfolgt, so ist auch der praktische Zweck der Compensation, der ja in der Vermeidung des überflüssigen Hin- und Herzahlens besteht, nun doch nicht mehr zu

erreichen; der Zahlungsempfänger muss in allen Fällen eine weitere Zahlung leisten; er muss nämlich entweder, falls die condictio indebiti Statt hat, das Gezahlte zurückzahlen und kann sodann seine Forderung mit jener des Gegners compensiren; oder er muss, falls der condictio indebiti nicht Folge gegeben, ihm also das Gezahlte belassen wird, nun auch seinerseits seine Schuld an den Gegentheil effectiv bezahlen.

Das zuletzt Gesagte gilt jedenfalls nicht ausnahmslos. In der Regel wird es allerdings ökonomisch ganz gleichgiltig sein, ob der fragliche Act des Zahlungsempfängers als Rückzahlung des indebitum solutum oder als Berichtigung seiner Schuld anzusehen ist.

Allein gerade im Concurse können Fälle gedacht werden, wo es von Bedeutung ist, festzustellen, ob dem zahlenden Gläubiger-Schuldner nur die petitio sui crediti, oder auch eine condictio veluti indebiti soluti zusteht.

Z. B. A hat von B 100, und B von A ebenfalls 100 zu fordern. Die Forderung des A rührt aus einem Schenkungsversprechen, jene des B aus einem Darlehnsvertrage her. A bezahlt dem B die 100 fl. baar in einer entschuldbaren Unkenntniss des ihm zustehenden Compensationsrechtes. Nachträglich wird über das Vermögen des B der Concurs eröffnet.

A kann, falls man die condictio indebiti nicht zulässt, lediglich seine Forderung aus dem Schenkungsversprechen geltend machen, mit der er nach unserer Concursordnung (§ 48 Ziff. 1) erst in der fünften Classe der Concursgläubiger zum Zuge kommt[16]). Offenbar wäre es für ihn vortheilhafter, die bereits gezahlten 100 fl. zu condiciren, da die Conditionsforderung schon in der dritten Classe zur Befriedigung käme.

---

[16]) Nach dem § 56 der deutschen Reichs-Concursordnung können Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners im Concursprocesse überhaupt nicht geltend gemacht werden.



Der soeben vorgetragenen Anschauung könnte eine andere entgegengesetzt werden, nach welcher allerdings die condictio indebiti auch im öst. Rechte und auch vom Standpunkte einer nicht von selbst eintretenden, aber zurückwirkenden Compensation zulässig wäre.

Zu dieser Anschauung, für welche wir uns entscheiden zu müssen glauben, möchte etwa nachfolgender Gedankengang führen.

Der Schuldner-Gläubiger, der da irrthümlich seine Schuld bezahlte, hat damit eine Zahlung geleistet, deren forderungstilgender Effect vorerst nicht in definitiver Weise eintreten kann. Durch die Coexistenz compensabler Gegenforderungen ergiebt sich für jeden Forderungs-Inhaber das Recht, gegen die Forderung des anderen zu compensiren, den anderen, statt durch Zahlung, durch Compensation zu befriedigen.

Der Schuldner-Gläubiger hat also die Wahl, seiner Verpflichtung entweder auf dem gewöhnlichen Wege der Zahlung nachzukommen, oder von seinem Compensationsrechte Gebrauch zu machen.

Zahlt derselbe effectiv, weil er zufolge eines den Anforderungen des § 1437 allg. bgl. Gb. entsprechenden Irrthums von dem ihm zustehenden Compensationsrechte keine Kenntniss hat, so liegt es nahe, hier jene Rechtsregeln analog zur Anwendung zu bringen, welche sonst gelten, wenn der Schuldner zahlt, in der Meinung simpliciter verpflichtet zu sein, während er blosz alternativ verbunden war (§ 1412, 1413, 906, 907, 1431 und 1434 allg. bgl. Gb.), mit anderen Worten die condictio indebiti zuzulassen.[17]

Durch die Zahlungshandlung entsteht zunächst ein Zustand der Schwebe; es ist vorläufig noch unentschieden, ob es bei der erfolgten Zahlung verbleibt, oder ob das Gezahlte als

[17]) Kirchstetter Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, zu § 1431 f.



ein indebite solutum reclamirt und dadurch die Möglichkeit der Compensation erhalten wird.

Der Zahlende, welcher späterhin von dem wirklichen Sachverhalte Kenntniss erlangt, kann die Pendenz in doppelter Weise beseitigen.

Er kann es entweder bei der erfolgten Zahlung bewenden lassen, beziehungsweise von der Ausübung seines Compensationsrechtes Umgang nehmen. Dann ist seine Schuld als in jenem Momente erloschen anzusehen, in dem die Zahlung wirklich erfolgte.

Oder aber der Zahlende kann von dem ihm aufrecht erhaltenen Compensationsrechte Gebrauch machen. Dann gelten, falls seinem Compensationsantrage stattgegeben wird, die beiden Forderungen als mit dem Momente ihrer Coexistenz aufgehoben und es erweist sich nunmehr die Zahlungshandlung als eine indebiti solutio.

Zum Schlusse noch eine Bemerkung bezüglich des Zahlungsempfängers, der in Unkenntniss der Sachlage, nach welcher auch ihm ein Compensationsrecht zustand, insbesondere seiner Gegenschuld, die Zahlung vorbehaltlos entgegennahm.

Das Recht, zu compensiren, hat Jeder der beiden Gläubiger - Schuldner in gleicher Weise.

Es muss daher auch dem Zahlungsempfänger das Recht beigelegt werden, das empfangene solutum zu restituiren, um nachträglich zu compensiren.[18]).

Wir wollen auf das oben angeführte Beispiel zurückgreifen. Dasselbe lautete: A hat von B 100 ex donato, B von A 100 ex mutuo zu fordern. A bezahlt dem B die 100 ex mutuo effectiv; nachträglich wird über den Zahlungsempfänger B der Concurs eröffnet.

Die eine oben vorausgesetzte Möglichkeit geht dahin, dass nur A sich in einem Irrthume befand, mit andern Worten, dass

---

18) Eisele Compensation S. 268, Dernburg Compensation S. 588.



er effectiv zahlte in Unkenntniss derjenigen Thatsachen und Rechtssätze (§ 1431 allg. bgl. Gb.), aus denen für ihn ein Compensationsrecht resultirte. A hat hier die Wahl, entweder die condictio indebiti in der 3., oder die petitio ex donatione in der 5. Classe der Concursgläubiger anzumelden und wird selbstverständlich das Erstere thun.

Eine andere Möglichkeit ist die, dass nur der Zahlungsempfänger B sich im Irrthume befindet.

Hier hat wol B, bez. der Concursmasseverwalter Namens desselben die Wahl, die erhaltene Zahlung zu restituiren und sohin seine Forderung ex mutuo mit jener des A ex donato der Compensation zu unterwerfen, oder aber die erhaltene Zahlung als solche zu behalten und es dem A zu überlassen, seine Forderung ex donatione geltend zu machen.

Macht der Concursmasseverwalter von der ersten Alternative Gebrauch, so entsteht die Frage, ob er verpflichtet ist, die Restituirung der ganzen Zahlung anzubieten, oder nur etwa jener Dividende, die cridamässig entfallen würde auf eine die Restitution der Zahlung verfolgende Concursforderung.

Unserer Anschauung nach handelt es sich hier um eine Verpflichtung des Gemeinschuldners quoad massam, welche nach der Concurseröffnung aus einer rechtsverbindlichen Handlung der „Masseverwaltung“ entstanden ist, also um eine „Masseschuld“ im engeren Sinne des Wortes (§ 29 Z. 2 Ö. C.O.). Die „Masseschulden„ (§ 29 Z. 2 und 3 Ö. C. O.) sowie die „Massekosten“ (§ 29 Z. 1 Ö. C. O.) stellen sich bekanntlich als Lasten der Masse dar, die vorweg gleichsam aus dem Brutto-Erlöse der Theilungsmasse zu berichtigen sind, um den Netto-Erlös herzustellen, auf welchen die Concursgläubiger angewiesen sind. Nebenbei sei bemerkt, dass nach österreichischem Rechte die „Masseschulden“ im engeren Sinne des Wortes den „Massekosten“ nachstehen (§ 29 i. f. Ö. C. O.).[19]

---

[19]) Anders nach der deutschen R. C. O. § 53.

Die dritte Möglichkeit ist endlich die, dass sich sowol der die Zahlung leistende A, als auch der die Zahlung empfangende B rücksichtlich des Compensationsrechtes im Irrthume befanden. Hier haben wir es mit einer Combination der beiden bereits besprochenen Möglichkeiten zu thun und haben mithin sowol A, als auch B, resp. dessen Concursmasseverwalter das oben erörterte Wahlrecht.

Eine etwaige Collision in der Ausübung dieses Wahlrechtes wird zu Gunsten desjenigen zu entscheiden sein, der von seinem Wahlrechte früher Gebrauch gemacht hat.[20])

---

## § 2.
## Das Compensationsrecht — eine Deckung für den Gläubiger im Concurse.

Zur Concursmasse gehört das gesammte, der Execution unterliegende Vermögen, welches ein zahlungsunfähig gewordener Schuldner im Momente der Concurseröffnung besitzt, und ferner auch jenes, welches ihm während der Dauer des Concurses zufällt (§ 1 Ö. C. O.)[1]). Nach der Natur der Sache können die Gläubiger ihre Befriedigung nur aus dem Vermögen erhalten, welches dem Schuldner gehört. Nur dieses bildet die Concurs- oder Theilungsmasse. Der Begriff derselben schliesst fremdes Eigenthum aus. Sachen, die dem Gemeinschuldner ganz oder zum Theile nicht eigenthümlich gehören, müssen aus der Masse ausgesondert werden.

[20]) Die engen Grenzen, welche dieser Abhandlung gesteckt sind, gestatten es nicht auf alle jene, wenn auch nahe liegenden Fragen des öst. Compensationsrechtes einzugehen, die in und ausser dem Concurse gleich zu beantworten sind; z. B. auf die Frage, welche Forderungen zur Compensation zu verwenden sind, wenn auf der einen oder der anderen Seite mehrere Forderungen concurriren u. s. w.

[1]) Was dem Gemeinschuldner nach der Concurseröffnung zufällt, gehört nach dem § 1 der deutschen Reichs-Concurs-Ordnung nicht zur Concursmasse.



Diese Aussonderung des fremden Vermögens erfolgt nicht im Wege des Concursprocesses, sondern nach jenen Rechtsgrundsätzen, die auch anwendbar wären, falls über den Schuldner ein Concurs nicht verhängt worden wäre (§ 26 Ö. C. O.).

Die zu dieser Aussonderung Berechtigten, welche im gemeinen deutschen Concursprocesse Vindicanten oder auch Separatisten ex jure dominii heissen, führen im österreichischen Rechte die Bezeichnung „Rückforderungs-Berechtigte". Am passendsten möchte man sie nach dem Vorgange der Concurs-Ordnung für das Deutsche Reich „Aussonderungsberechtigte"[2]) nennen.

Das Concursverfahren bezweckt die gemeinschaftliche Befriedigung aller auf das gesammte schuldnerische Vermögen ohne Ansehung der einzelnen Theile desselben angewiesenen Gläubiger. Begrifflich ausgeschlossen von dem Concursverfahren sind demgemäss diejenigen Gläubiger, deren Ansprüche nicht auf das gesammte Vermögen, auf die Habe des Schuldners als Ganzes, sondern vorzugsweise auf einen bestimmten zu dem schuldnerischen Vermögen gehörigen Gegenstand, ein besonderes wirthschaftliches Gut des Schuldners gewiesen sind.

Aus der Concursmasse treten also alle diejenigen Vermögenswerthe hervor, welche bestimmten Gläubigern abgesondert von den anderen Gläubigern zur Befriedigung haften.

Das sind die Separatisten ex jure crediti des gemeinen,

---

[2]) Die gemeinrechtliche Bezeichnung Vindicanten oder Separatisten ex jure dominii ist zu eng. Denn der Aussonderung unterliegen alle Gegenstände, die nicht zum Vermögen des Cridars gehören, die ihm fremd sind, mag nun die Aussonderung kraft des Eigenthums, oder des Besitzrechtes oder selbst eines obligatorischen Rechtes gefordert werden. Gegen den Ausdruck „Rückforderungsberechtigte" der Ö. C. O. muss eingewendet werden, dass die Sache, die von dem Separatisten ausgesondert wird, nicht gerade von ihm in den Besitz des Schuldners gebracht sein muss, in welchem Falle allein man von einem Zurückfordern sprechen könnte. Motive zum Entwurfe einer Concursordnung für das Deutsche Reich. Actenstücke des Deutschen Reichstages. Justiz-Gesetzgebung No. IV. II. Legislatur-Periode. 2. Session 1874/75. Actenstück No. 200. S. 1432.

bez. die Absonderungsberechtigten des deutschen Reichs-Concurs-Rechtes.

Unsere Concursordnung beschäftigt sich vornehmlich nur mit einer Kategorie der Absonderungsberechtigten, nämlich mit den sog. Realgläubigern (§ 30 Ö C. O), d. i. jenen Gläubigern, „die aus einem dinglichen Rechte auf vorzugsweise Befriedigung aus bestimmten Gütern des Gemeinschuldners Anspruch haben.“ Es wäre aber ganz und gar unrichtig, wollte man den Begriff der Absonderungsberechtigen nur auf die durch ein dingliches Recht gedeckten Gläubiger beschränken. Der Verlauf unserer Darstellung wird darthun, dass nach denselben Grundsätzen, wie die Realgläubiger, auch diejenigen Personen zu behandeln sind, denen nach der heutigen Auffassung nicht ein dingliches, sondern nur ein persönliches Recht auf Deckung aus eine mbestimmten Vermögenswerthe des Schuldners zuerkannt werden kann.

Die Separatisten ex jure crediti und die Separatisten ex jure dominii haben das mit einander gemein, dass sowohl diese als jene gewisse Vermögensstücke oder Quoten derselben der gemeinsamen Verwendung für die Concursgläubiger und somit der Concursmasse völlig oder doch theilweise entziehen. Der durchgreifende Unterschied zwischen diesen beiden Arten von Separatisten liegt auf der Hand. Die Ersteren sprechen dem Cridar fremde, die Letzteren dagegen solche Güter an, die juristisch ihm gehören und daher an sich, d. h. abgesehen von dem Absonderungsanspruche, Bestandtheile der Concursmasse sind. [3])

Wem ein Absonderungsanspruch im Concurse zusteht, der hat vor allen anderen Gläubigern das Recht auf abgesonderte Befriedigung seiner Forderung aus jenen Werthen, die kraft seines Rechtes von der Masse isolirt wurden. Er erlangt die Befriedigung, ohne an dem Concursverfahren theilnehmen zu

---

[3]) Motive zu dem E. einer D. R. C. O. S. 1446.

müssen und zwar principiell nach jenen Rechtsnormen, die auch sonst, d. i. abgesehen von der Pendenz des Concurses, für die Geltendmachung seines Anspruches maszgebend wären. (§ 137 Ö. C. O.)

In welchen Fällen wird nun von unserer Concursordnung ein solcher Separationsanspruch anerkannt?

Das Princip, von dem die österreichische Concursordnung (und das moderne Concursrecht überhaupt) in dieser Frage ausgeht, besteht u. E. im Allgemeinen darin, dass durch die Eröffnung und Hängigkeit des Concurses die Situation des Gläubigers nicht verschlechtert werden dürfe; er soll auch noch nachträglich alle jene rechtlichen und wo möglich auch alle jene thatsächlichen Vortheile behalten und verwerthen dürfen, die er bis zum Momente der Concurseröffnung erlangt hat. Durch die Einleitung des Gantverfahrens soll kein Gläubiger um eine Deckung gebracht werden, aus welcher nach Lage der Sache vorzüglich seine Forderung hätte befriedigt werden können. Seine Situation soll nicht nur nicht verkümmert, im Gegentheile, sie soll in einer Weise gesichert werden, dass sich seine vielleicht nur factische Deckung zu einem unentziehbaren Rechte verdichtet.

Durch die Annahme dieses Princips hat sich die gegenwärtige österreichische Gesetzgebung von der „durchaus unrichtigen Idee, als ob im Concurse, so viel nur immer möglich, zu Gunsten der Masse entschieden, und das Recht des Dritten (des Gläubigers) hiebei auf alle Weise beschränkt werden müsste“[4]), einer Idee, die ja keinen unbedeutenden Einfluss auf die ältere österreichische Concursgesetzgebung genommen hat, u. E. gerade so weit entfernt, als es das praktische Bedürfniss, insbesondere des Handelsstandes, der ja bei der Regelung des Verfahrens in Concursfällen vor Allem berücksichtigt werden muss, erheischt.

---

[4]) Günther Der Concurs der Gläubiger nach gemeinem Deutschen Rechte. 2. Aufl. S. 59.

Als eine derartige „Deckung“ wird in unserem Concursrechte u. E. auch das Compensationsrecht, d. i. das Recht des Schuldners, seine Schuld (nicht durch effective Zahlung, sondern) durch Aufrechnung auf seine Forderung an den Gläubiger zu tilgen, aufgefasst.

Im Folgenden sollen die Aehnlichkeitspunkte herausgestellt werden, die diese Art der Deckung mit jenen Deckungen hat, welche nach ausdrücklicher Vorschrift der Concursordnung den Gläubiger zur Separation im Concursprocesse berechtigen; nämlich dem sog. Retentionsrechte und den Ansprüchen der Realgläubiger.

Die Retention ist die schwächste Sicherung einer Forderung. Durch das Retentionsrecht soll der Verpflichtete genöthigt werden, seine Verbindlichkeit zu erfüllen; „es besteht in der Befugniss, eine Leistung, zu welcher man an und für sich verpflichtet ist, zurückzubehalten, bis der Fordernde seinerseits einem Anspruche, welchen man gegen ihn erhebt, Genüge geleistet hat.“ „Die Vorschützung der Retentionseinrede bewirkt nicht Abweisung des Fordernden, sondern Bedingtheit der Verurtheilung des Verpflichteten.“ [5])

Man könnte uns einwenden, dass im österreichischen Rechte schon darum von einem Retentionsrechte gegen die Concursmasse keine Rede sein dürfe, weil das öst. Civilrecht ein Retentionsrecht überhaupt nicht kennt. Denn das allg. bgl. Gb. sage im § 471 unter der Rubrik „Von dem Retentionsrechte“ ausdrücklich: „Weder der Pfandnehmer, noch irgend ein anderer Inhaber einer fremden Sache ist nach Erlöschung des ihm eingeräumten Rechtes befugt, dieselbe aus dem Grunde einer Forderung zurück zu behalten.“ [6])

Diese Einwendung ist gewiss unrichtig.

---

[5]) Windscheid Lehrb. des Pandektenrechtes. II. 4. Aufl. § 351.

[6]) Vgl. hiezu die Beilage zum Vortrag vom 19. Jänner 1808 bei Pfaff und Hofmann Excurse I. 1. S. 76, bei Anm. 81.



Es ist aber hier nicht der Ort, den Beweis dafür zu erbringen, dass das öst. Recht ein Retentionsrecht nicht blosz in jenen Fällen anerkennt, welche Unger in seinem Systeme Band II. S. 500 Anm. 17 aufzählt, sondern hie und da auch dort, wo es sich um die Zurückbehaltung einer körperlichen Sache zu dem Zwecke handelt, um für bestimmte Gegenansprüche Befriedigung zu erhalten.

Es würde uns zu weit führen, alle jene Bestimmungen sowohl des bürgerlichen Gesetzbuches als auch späterer Gesetze hier zu besprechen, aus welchen sich nothwendiger Weise ein solches Zurückbehaltungsrecht ergiebt; vielmehr muss die Untersuchung dieser Frage einer besonderen Monographie vorbehalten bleiben.[7])

An dieser Stelle liegt uns lediglich ob, zu constatiren, dass nach österreichischem Concursrechte dem Gläubiger durch die Concurseröffnung jene Deckung nicht entzogen oder verkümmert werden darf, welche ihm ein vor der Concurseröffnung erworbenes Retentionsrecht gewährt.

Der Wortlaut des § 11 Ö. C. O. spricht in unzweifelhafter Weise für unsere Behauptung, denn er verordnet mit dürren Worten: „Vor Eröffnung des Concurses erworbene Retentionsrechte sind im Concurse als Pfandrechte zu behandeln.“ Damit soll

---

[7]) Auf die weiterreichende Geltung der Retention im österreichischen Civilrechte bin ich durch den Collegen Grawein aufmerksam gemacht worden, welcher sich mit dieser Frage zu beschäftigen gedenkt. Die allgemeine Bestimmung des § 471 a. bgl. Gb. spricht nur scheinbar gegen die Zulässigkeit einer Retention in einzelnen Fällen und aus besonderen Gründen. Der redactionsgeschichtliche Zusammenhang zwischen § 471 a. bgl. Gb. und II, § 250 westgal. Gb. legt uns vielmehr die Annahme nahe, dass durch § 471 das Ret. R. aus dem öst. allg. P. R. nicht völlig verbannt, sondern nur jener rechtspolitisch verfehlten Ausdehnung entkleidet werden sollte, die dasselbe im westgal. Gb. genoss, indem es sowohl dem befriedigten Pfandnehmer (l. un. C. 8, 27), als auch jedem redlichen Besitzer einer Sache für jedwede, auch nicht connexe, Forderung eingeräumt war. Bei dieser Auffassung läszt § 471 genügenden Spielraum für die Annahme von Retentionsbefugnissen in den vielgestaltigen Fällen der Connexität.



nichts Geringeres gesagt sein, als dass die Concursordnung die vor der Eröffnung des Concurses erworbenen Retentionsrechte nicht nur gelten lässt, sondern dem Berechtigten sogar gestattet, sie nach Art des Pfandrechtes zu realisiren.

Es wäre gewagt zu glauben, der Gesetzgeber habe in der angeführten Bestimmung nur die sog. kaufmännischen Retentionsrechte im Auge gehabt, Retentionsrechte also, die, auch abgesehen vom Concursfalle, dem Inhaber vor den übrigen Gläubigern seines Schuldners nach Art eines gesetzlichen Pfandrechtes die vorzugsweise Befriedigung aus dem Werthe des retinirten Gutes sichern.[8])

Zwar erklärt die Ziffer 2) des § 12 unserer Concursordnung, dass „die Execution zur Geltendmachung — — — — des Retentionsrechtes — — — auch nach der Eröffnung des Concurses erwirkt und fortgesetzt werden“ kann. Erwägt man nun, dass das Retentionsrecht im eigentlichen Sinne des Wortes im Wege der gerichtlichen Zwangsvollstreckung nicht geltend gemacht werden kann, dass es vielmehr seiner Natur nach processualisch nur im Wege der Vertheidigung zur Anerkennung kommt; und erwägt man ferner, dass nur das kaufmännische Retentionsrecht, weil es quasi pignoris loco fungirt, den Gläubiger berechtigt, im Wege der Klage bei dem für ihn selbst zuständigen Gerichte den Verkauf der zurückbehaltenen Gegenstände gegen den Schuldner zu beantragen (Artikel 315 H. G. B.), so könnte man vielleicht meinen, der Gesetzgeber habe in den §§ 11—12 Ö.C.O., da wo er von „Retentionsrechten“ spricht, immer nur die kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte im Auge gehabt.

Allein diese Folgerung wäre unrichtig. Denn der § 12 Ö. C. O. kann insofern von einer Execution zur Geltendmachung des Retentionsrechtes sprechen, als ja zu Folge des § 11 das

[8]) Ueber diese Goldschmidt Handbuch des Handelsrechtes. 1. Band. 2. Abth. S. 996 f.



Retentionsrecht durch die Eröffnung des Concurses zu einer pfandähnlichen Deckung verstärkt wird.

Zudem spricht auch der Bericht des Ausschusses des Abgeordnetenhauses vom 13. December 1863 für unsere Auffassung, indem aus demselben nicht hervorgeht, dass nur das kaufmännische Retentionsrecht sich im Concurse in ein Deckungsrecht auf die retinirte Sache selbst verwandeln solle.[9])

Die deutsche Reichs-Concursordnung steht, was das vor der Eröffnung des Concurses erworbene Retentionsrecht anbelangt, principiell auf dem entgegengesetzten Standpunkte. Die Motive[10]) des Gesetzes versuchen die Regel zu rechtfertigen, dass der Gläubiger das Retentionsrecht im Concurse nicht ausüben dürfe. Die von den Motiven angeführten Gründe scheinen uns jedoch nicht überzeugend zu sein. Allerdings ist das Retentionsrecht als solches kein dingliches Recht, allerdings haftet die Sache nicht für die Forderung: der Belangte retinirt die

---

[9]) Der bezügliche bei Kaserer Commentar zur österreichischen Concursordnung S. 43, 44 abgedruckte Passus des Berichtes lautet: „Es ergab sich auch die Nothwendigkeit auszusprechen, welche Wirkung ein vor der Concurseröffnung erworbenes Retentionsrecht im Concurse habe, eine Frage, die der Regierungsentwurf ungelöst liess. Man hat nur drei Wege der Lösung: entweder man legt dem Retentionsrechte im Concurse gar keine Wirkung bei und nöthigt den Retentionsberechtigten zur Herausgabe der retinirten Sache an die Concursmasse; oder man bequemt sich dazu, das Retentionsrecht durch den Concurs unberührt zu lassen, also eine weitere Ausübung des Retentionsrechtes auch während des Concurses zu gestatten, aber auch damit auf die Einbeziehung der retinirten Sache in die Concursmasse und auf die Verwerthung für dieselbe zu verzichten; oder man betrachtet das Retentionsrecht im Falle des Concurses als ein Pfandrecht auf die retinirte Sache. Der erste Weg führt zu einer offenbaren Verletzung des wohlerworbenen Retentionsrechtes; der zweite Weg ist eine Inconsequenz gegen den Begriff des Concurses als einer Universalexecution und führt möglicherweise zu einer materiellen Beeinträchtigung der übrigen Concursgläubiger; nur der dritte Weg giebt dem mit dem Pfandrechte wenigstens im Zwecke verwandten Retentionsrechte eine praktische Gestaltung und entspricht ebensosehr dem Rechte der Berechtigten, wie dem Rechte der übrigen Concursgläubiger."

[10]) S. 1457.



ihm obliegende Leistung, weil das Verhalten des Gegentheiles dolos ist, wenn er fordert, ohne selbst zu leisten. Dagegen lässt sich nicht behaupten, dass die Abforderung zur Concursmasse durch den Concursmasseverwalter nicht dolos sei. Das hiesse, die Rechtsstellung des Concursmasseverwalters gänzlich verkennen. Derselbe ist nämlich nicht Vertreter der Concursgläubiger als der vermeintlichen Singularsuccessoren in das Vermögen des Cridars;[11] derselbe ist der richtigen Auffassung nach unmittelbarer oder doch wenigstens mittelbarer Vertreter für den Cridar; er hat über die ihm unterworfene Masse so zu verfügen, wie dies der redlich gegen seine Gläubiger handelnde Cridar selbst gethan haben würde. Seine Stellung ist in dieser Rücksicht vergleichbar mit derjenigen des Vormunds eines Minderjährigen, des Curators eines Wahnsinnigen oder Verschwenders etc.[12])

Wäre es etwa zu billigen, das einmal begründete Retentionsrecht aus dem Grunde erlöschen zu lassen, weil derjenige, gegen den es erworben worden ist, später als gerichtlich erklärter Verschwender unter Curatel gesetzt wurde?

---

[11]) Ein Erkenntniss des Ob. Trib. Stuttgart vom 5. November 1867 (Seuffert Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland. XXII. No. 103) bemerkt mit Recht, dass „durch die Concurseröffnung das Vermögen des Gemeinschuldners nicht sofort auf die Gläubiger übergeht, sondern diese nur das Recht erlangen, sich aus dem gemeinschuldnerischen Vermögen, soweit dasselbe reicht, um ihre Forderungen bezahlt zu machen, zu diesem Behufe dasselbe der Verfügung und Detention des Gemeinschuldners zu entziehen und zu verlangen, dass es nach vorheriger Verwerthung nach Massgabe der Prioritätsordnung unter sie vertheilt werde. Der Gemeinschuldner aber bleibt Eigenthümer der Masse, bis diese unter die Gläubiger vertheilt ist."

[12]) Schütze in der Zeitsch. für Civilrecht und Process. N. F. XIX. Band S. 344, 345. Schultze Das Deutsche Concursrecht. S. 36—63. Nur in Ausübung des Anfechtungsrechtes ist der Concursmasseverwalter nach der D.R.C.O. Stellvertreter der Gläubiger. ibid. S. 64 f. Der weitwendige Beweis dafür, dass trotz mancher entgegenstehenden Bestimmungen unserer C. O. (z. B. § 76) die im Texte vorgetragene Auffassung dem öst. R. zum Grunde zu legen ist, bleibt einer besonderen Abhandlung vorbehalten.



Diese Analogie lässt sich unseres Erachtens nicht abweisen.

Uebrigens hat die deutsche Reichs-Concursordnung an dem in den Motiven ausgesprochenen Principe nicht festgehalten, sondern eine stattliche Reihe von Retentionsrechten anerkannt, die sich für die Dauer der Detention zu Vorzugs- und Separationsrechten im Concurse verstärken.[13])

Lässt man ein vor der Eröffnung des Concurses erworbenes Retentionsrecht im Concurse nicht nur ungeschmälert fortbestehen, sondern von diesem Zeitpunkte an sogar ähnlich einem Pfandrechte an dem retinirten Werthe functioniren, dann ist die unverkümmerte Anerkennung und Zulassung eines bereits vor der Eröffnung des Concurses erworbenen Compensationsrechtes nichts Anderes als eine nothwendige Consequenz, die als ganz selbstverständlich selbst dann gezogen werden müsste, wenn auch im Gesetze sonst kein Anhaltspunkt für dieselbe aufzufinden wäre.

Retention an sich und Compensation sind zwar ihren nächsten Wirkungen nach diametral entgegengesetzte Institute. „Erstere erzwingt Effectiverfüllung, letztere führt anstatt der Effectiverfüllung eine Aufhebung der Gegenforderungen herbei.“ „Das Retentionsrecht sucht die gleichzeitige Erfüllung der Gegenansprüche, welche die Compensation direct erreicht, auf dem Wege indirecten Zwanges zu vermitteln. Die Retention wirkt demnach Schutz für eine Forderung, die Compensation Befriedigung.“ [14])

Völlig anders aber stellt sich das Verhältniss zwischen dem Retentions- und Compensationsrechte, wenn dem Retentionsberechtigten, wie dies im Concurse geschieht, die Befugniss der Veräusserung und Selbstbefriedigung beigelegt wird.

Das so qualificirte Retentionsrecht kommt in seinen Wirkungen dem Compensationsrechte gleich.[15]) Beide führen nun direct zur Befriedigung des Gläubigers.

---

[13]) Fuchs Der Deutsche Concursprocess. S. 66.

[14]) Dernburg Compensation. S. 189, 367, 368.

[15]) Brinz Lehrb. der Pandekten. II. Bd. 1. Abth. 2. Aufl. S. 421, Anm. 4.



Kraft des Compensationsrechtes steht dem Gläubiger die Befugniss zu, seine Schuld an den Cridar von der Concursmasse gleichsam abzusondern und sie zur abgesonderten Befriedigung seiner Forderung an den Cridar in der Weise zu verwenden, dass die Forderung quoad concurrentem quantitatem als aufgehoben erscheint. Kraft des Retentionsrechtes steht dem Gläubiger im Concurse die Befugniss zu, den von ihm zurückbehaltenen dem Schuldner gehörigen Vermögensbestandtheil wie ein Pfandstück von der Concursmasse abzusondern, denselben nach pfandrechtlichen Grundsätzen zu veräussern und den erzielten Erlös zur Befriedigung seiner durch das Retentionsrecht geschützten Forderung zu verwenden.

Vorausgesetzt ist hier selbstverständlich, dass der Concursmasseverwalter sich nicht entschlossen hat, den vom Gläubiger zurückbehaltenen Vermögensbestandtheil durch volle Bezahlung der mit demselben gedeckten Forderung für die Concursmasse einzulösen, wozu er zu jeder Zeit berechtigt ist. (§ 165 alin. 2 Ö. C. O.)

Durch das bisher Ausgeführte ist es u. E. ganz ausser Zweifel gestellt, dass zwischen dem qualificirten Retentionsrechte unserer Concursordnung und dem im Concurse gegen den Cridar realisirbaren Compensationsrechte eine unabweisbare Analogie besteht.

Es müssen mithin beide, sowohl das Retentions- als auch das Compensationsrecht wider den Cridar als Absonderungsrechte functioniren.

Wie verhalten sich nun diese beiden Arten von Absonderungsrechten, insbesondere das uns vornehmlich interessirende Compensationsrecht zu dem Typus aller Absonderungsansprüche, dem Pfandrechte?

Die Motive zur deutschen Reichs-Concursordnung (S. 1462) sprechen sich über das Verhältniss dieser drei Sicherungsmittel einer Forderung zu einander in der folgenden zwar höchst geistreichen und bestechenden, aber zum Theile unrichtigen und

ungenauen Weise aus: „Ueberall erscheint die (nicht qualificirte) Retention als die schwächste, die Compensation als die stärkste Sicherung; — Retentionsrecht giebt nur Sicherung, Pfandrecht Befriedigung durch die Schuld eines Anderen, Compensationsrecht Befriedigung durch eine eigene Schuld. Wohl kann Retentions- und Pfandrecht, wenn das Sicherungsobject ökonomisch als Geldwerth betrachtet wird, zum Compensationsrecht erhoben werden, stets und von selbst begreift das Compensationsrecht als das stärkere den Inhalt der beiden ersteren in sich."

Die Aehnlichkeit zwischen der Tilgung einer Forderung im Compensationswege und der Befriedigung mittelst Realisirung eines Pfandrechtes springt in die Augen, wenn wir uns der Schlussphasen in der Ausübung eines Pfandrechtes erinnern. Die Motive denken, wie es scheint, an einen Sachenpfandgläubiger, der die Pfandsache veräussert, und die dadurch dem Schuldner gegen den Ersteher erwachsene Kaufschillingsforderung zur Befriedigung seiner durch das Sachenpfand sichergestellten Forderung verwendet. Es giebt aber noch andere Gestaltungsformen des Pfandrechtes, bei welchen sich die hervorgehobene Aehnlichkeit in noch augenfälligerer Weise vordrängt. So ist beim pignus irregulare der durch die Caution gesicherte Gläubiger zugleich auch Schuldner jener Leistung, welche ihm als Befriedigungsobject dienen soll.[16]) Das Gleiche ist der Fall, wenn der Forderungspfandgläubiger den verpfändeten Schuldner beerbt. Der Pfandgläubiger sucht in diesen Fällen seine Befriedigung aus dem Pfandobjecte nicht im Wege des Verkaufes, sondern im Wege der Abrechnung.[17]) Die Parteien können sich aussergerichtlich über die Abrechnung einigen und einverständlich das Abrechnungsgeschäft abwickeln. Dass hier die Abrechnung in derselben Weise er-

---

[16]) Pfaff Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung. S. 22 f. Arndts Lehrbuch der Pandekten. 10. Aufl. S. 635, Anm. 4.

[17]) Strohal in Grünhut's Zeitschrift Bd. VII. S. 411. Pfaff a. a. O. S. 51, 52.

folgen wird, wie bei der freiwilligen Compensation, ist selbstverständlich und für uns nur von untergeordnetem Interesse. Ungleich mehr Bedeutung hätte der Nachweis, dass auch die Abrechnung im Processwege sich nach österreichischem Rechte in wesentlich gleichen Formen vollzieht, mag es sich nun um ein Compensationsrecht oder um die oben beschriebene Spielart eines Forderungspfandrechtes handeln.

Scheinbare Schwierigkeiten macht hier der im österreichischen Rechte heutzutage allgemein anerkannte Grundsatz, dass der Pfandgläubiger das Recht der Ausübung der verpfändeten Forderung sich erst im Zuge des Executionsstadiums erwirken muss, eine Consequenz aus dem im allg. bgl. Gesetzbuche (§ 461) ausdrücklich ausgesprochenen Rechtssatze, dass der Pfandgläubiger sich auch das sog. Verkaufsrecht des Pfandes erst auf demselben Wege zu verschaffen hat.[18]

Wendet man diesen Grundsatz auch auf ein Pfandrecht, dessen „Mutterrecht" in einer Forderung des Schuldners an den Pfandgläubiger selbst besteht, in dem ganz mechanischen Sinne an, dass die Befriedigung aus demselben erst durch ein dem Erkenntnisse nachfolgendes Executionsgesuch bewerkstelligt werden könnte, dann muss die von uns behauptete Annäherung des Compensationsrechtes an diese Gestaltungsform des Pfandrechtes erheblich zurücktreten.

Allein wir werden im Folgenden darthun, dass der Zweck eines so beschaffenen Pfandrechtes auf einem viel einfacheren Wege erreichbar ist, einem Wege, der dem eben erwähnten Grundsatze unserer Jurisprudenz nicht nur nicht widerstrebt, sondern völlig angemessen ist.

Gleich hier wollen wir auf jenen Punkt aufmerksam machen, in welchem unsere Auffassung von jener Pfaff's[19]) differirt.

[18]) Pfaff a. a. O. S. 51. Anm. 105. Vgl. auch Exner Das österreichische Hypothekenrecht. 1. Abth. S. 238, 239, Anm. 1.

[19]) A. a. O. S. 62 f.



Diesem Schriftsteller entgeht u. E. das im richterlichen Erkenntnisse wenn auch nur versteckt enthaltene condemnatorische Element, und so begreift es sich, dass derselbe der actio hypothecaria in unserem Falle eine „lediglich präjudicielle Function“ zuerkennt.

Bevor wir unsere Meinung eingehender auseinandersetzen, möge der Vorgang bei der gerichtlichen Compensation hier näher analysirt werden. Unserer Darstellung sollen die ansprechenden und überzeugenden Ausführungen von Eisele zum Grunde gelegt werden.[20])

Die gerichtliche Compensation ist ihrem inneren Wesen nach weniger von der vertragsmässigen verschieden, als man in der Regel glaubt. Sie unterscheidet sich von der letzteren, wie bereits oben (S. 1) bemerkt, wesentlich dadurch, dass sie auf Verlangen des einen Schuldner-Gläubigers auch wider den Willen des anderen vollzogen wird, indem der Richter den Willen dieses letzteren supplirt. Die Partei, welche sich vor Gericht auf Compensation beruft, macht nicht geltend „die Thatsache, dass compensirt ist, sondern ihr Recht zu compensiren“. Geht der Kläger auf die vom Geklagten mit Recht eingewendete Compensation nicht gutwillig ein, so vollzieht sie der Richter im Urtheile. Er verwendet die eine Forderung dazu, um die Gegenforderung zu tilgen und spricht dieses aus, indem er zu Recht erkennt: „1. Kläger habe an den Beklagten X zu fordern. 2. Beklagter habe an den Kläger Y zu fordern. 3. Kläger sei schuldig, dem Antrag des Geklagten gemäss, zu compensiren. Daran schliesst sich, dass der Richter 4. die Compensation für (und zwar nach öst. Rechte ex tunc) vollzogen erklärt. Hiemit ist zwar die gerichtliche Compensation, aber noch nicht der Process beendigt. Vielmehr wird auf Grund der vollzogenen Compensation 5. erkannt, dass Beklagter nur schuldig sei, dem Kläger

---

[20]) Compensation S. 380 ff.



X—Y zu zahlen, und Kläger mit der Mehrforderung abgewiesen wird.[21])

Das Singuläre an diesem Erkenntnisse ist, dass es nicht blosz Titel für eine Execution, sondern selbst Execution ist. Denn indem der Richter die Compensation für vorgenommen erklärt, vollzieht er den Spruch ad 3, dass Kläger schuldig sei zu compensiren; er vollzieht aber zugleich auch die Sprüche ad 1 und ad 2 quoad concurrentes quantitates, da jede der Parteien in diesem Masze durch die Compensation befriedigt wird. Das Executionsstadium geht hier im Erkenntnissstadium auf, die Execution erscheint verdeckt durch das Urtheil.

Unseres Erachtens steht Nichts im Wege, überhaupt alle Processe, in denen die Voraussetzungen eben so liegen, wie in dem hier analysirten Falle, mit einem derartigen sich selbst vollstreckenden Erkenntnisse zu beendigen. Nur muss natürlich der Antrag auf Vollstreckung rechtzeitig gestellt sein.

Dass das praktische Rechtsleben trotz seiner Mannigfaltigkeit solche Complicationen ausserhalb des Compensationsrechtes nur höchst selten hervortreibt, dessen sind wir uns sehr wohl bewusst. Das darf uns aber keineswegs abhalten, das aus obiger Analyse gewonnene Princip als ein allgemein anwendbares zu proclamiren.

In unserer Anschauung bestärkt uns auch noch die Thatsache, dass die österreichische Jurisprudenz sonst Fälle kennt, in welchen das richterliche Erkenntniss zwar nicht Execution, aber doch Executionssurrogat ist. Wir berühren damit eine fast vergessene Materie der Gerichtsordnung (§§ 176—178 A. G. O. und §§ 248—250 W. G. O.), die eigentlich dem materiellen Civilrechte angehört und in dem Capitel „Von dem Beweise (Beweisführung) zum ewigen Gedächtnisse“ gewiss nicht

---

[21]) Vgl. auch v. Schey in Grünhut's Zeitsch. VI. S. 755 f. und 763, ferner Thon Rechtsnorm und subjectives Recht. S. 271.

an ihrem richtigen Platze steht. Wer nämlich wider Jemanden ein Recht und wer wider Jemanden, von dem er eine Klage besorgt, eine erhebliche Einwendung hat, ohne für sein Recht oder für seine Einwendung einen schriftlichen Beweis in Händen zu haben, der kann vom Gegner die Ausstellung eines schriftlichen Beweisthums hiefür fordern und ihn nöthigenfalls hierwegen gerichtlich mit der sog. Beurkundungsklage[22]) belangen. Der Berechtigte hat in seinem Klagebegehren genau zu beschreiben, wie die Urkunde zu lauten habe, an deren Besitz ihm gelegen ist, und zu bitten, es möge dem Geklagten deren Ausstellung aufgetragen werden.

Fällt das Urtheil nach dem Begehren des Klägers aus, so ist es zugleich Beweismittel seines Rechtes, seiner Einrede, und ersetzt ihm völlig jenes factum praestandum, um dessentwillen der ganze Process begonnen wurde und welches vielleicht durch die mitunter ziemlich missliche[23]) executio ad faciendum erst mit vielem Kosten- und Zeitaufwande erzwungen werden müsste. Daraus erklärt es sich, dass mehrere der Commentatoren[24]) unserer Gerichtsordnung dem Kläger empfehlen, seine Klage gleich lieber wie eine Klage auf Feststellung des Rechtes, der Einwendung, einzurichten.

Wir kehren nach dieser kleinen Abschweifung zurück zu

---

[22]) Diese Beurkundungsansprüche wurden von der mittelalterlichen Doctrin geschaffen im Anschluss an l. 26 C de liberali causa (7, 16), welche dem Freigelassenen einen Anspruch auf Ausfertigung eines Freilassungsinstrumentes, und an l. 41 D de jud. (5, 1), welche aus allen bonae fidei negotiis dem Gläubiger vor Fälligkeit einer sachlichen Leistung ex iusta causa einen Anspruch auf Leistung einer cautio verlieh. Vgl. hierüber die interessanten Ausführungen bei Weismann Die Feststellungsklage. S. 58—64.

[23]) Misslich, weil sie, wenn auch noch so lange fortgesetzt, ihr Ziel unerreicht lassen kann. Vgl. Schrutka-Rechtenstamm Zeugnisspflicht und Zeugnisszwang. S. 156, 157.

[24]) Z. B. Nippel Erläuterung der allgem. Gerichtsordnung. I. S. 452 „Darum ist es auch zweckmässig, das Begehren nicht gerade auf Ausfertigung einer Urkunde, sondern dahin zu stellen, dass der Geklagte schuldig sei, das beschriebene Recht des Klägers anzuerkennen.“



unserem Pfandrechte. Nur die eine Bemerkung möchte noch nachzutragen sein, dass die obige Analyse auch dann richtig ist, wenn Derjenige, der sich auf Compensation berufen will, selbständig klagend auftritt.

Das Pfandrecht wird geltend gemacht durch die actio pigneratitia in rem, die eben wegen ihres dinglichen Charakters gegen alle jene Personen gerichtet ist, deren Rechtsstellung der Geltendmachnng des Pfandrechtes in den Weg tritt. Sie begehrt den richterlichen Ausspruch über die Existenz des behaupteten Pfandrechtes und folgeweise Verurtheilung des Beklagten zur Gestattung der Execution des Pfandes. War eine Forderung des Verpfänders gegen einen unbetheiligten Dritten verpfändet, dann hat der siegreiche Pfandgläubiger die Wahl, nach rechtskräftiger Entscheidung des Processes entweder die executive Pfändung und Feilbietung der Forderung zu erwirken und sich aus dem Erlöse bezahlt zu machen, oder aber, wenn die verpfändete Forderung gleichartig ist mit der seinigen, sich dieselbe executiv einantworten zu lassen, sie einzutreiben und sich mit dem Incasso zu befriedigen.

Uns interessirt jedoch nur der Fall, dass eine Forderung des Verpfänders gegen den Pfandgläubiger selbst verpfändet wurde. Auch hier ist die Möglichkeit einer executiven Pfändung und Veräusserung des Pfandstückes nicht ausgeschlossen. Z. B. Wenn einer Actiengesellschaft Pfandrecht an ihren eigenen Prioritäten eingeräumt würde. Doch wird die regelmässige Verwerthung des Pfandes in diesem Falle, die Gleichartigkeit der beiden Forderungen vorausgesetzt, im Wege einer Aufrechnung erfolgen.

Im Processe bez. Urtheile wird festgestellt werden müssen: 1. Kläger habe X zu fordern, 2. Beklagter habe an den Kläger Y zu fordern, 3. Kläger habe ein gegenwärtig schon zu realisirendes Pfandrecht an der Forderung per Y für seine Forderung per X. Damit ist aber die Sache noch nicht erledigt. Es fehlt noch jener Rechtsact, durch welchen die Be-

friedigung der einen Forderung durch die andere vollzogen wird. Wird man dem Pfandgläubiger zumuthen dürfen, er soll erst wiederum ein Executionsgesuch überreichen und in demselben erklären, er wolle für seine Forderung die verpfändete Schuld an Zahlungsstatt annehmen und bitte daher um executive Einantwortung derselben?

Unseres Erachtens ebenso wenig, als man in einem ähnlichen Falle den Compensationskläger zur Execution in solcher Form zu verhalten berechtigt wäre. Die Execution muss der richtigen Ansicht nach in beiden Fällen vom Richter im Urtheile durch blosse Aufrechnung vollzogen werden, vorausgesetzt, dass nicht eine entgegengesetzte Absicht des Berechtigten vorliegt.

Unsere bisherigen Auseinandersetzungen haben zur Genüge dargethan, dass zwischen dem Compensationsrechte eines Gläubigers des Cridars einer- und dem Pfand- bez. Retentionsrechte im Concurse andererseits so durchgreifende innere und äussere Aehnlichkeitspunkte bestehen, dass die gleiche[25]) rechtliche Behandlung dieser Deckungen im Concurse als Postulat der logischen Consequenz erscheint.

Die Motive zur Concursordnung für das Deutsche Reich

[25]) Nach der heutigen gemeinrechtlichen Lehre kann der vom Cessionar beklagte debitor cessus dem Kläger regelmäszig Gegenforderungen compensando opponiren, welche ihm nicht gegen den Cessionar, sondern gegen den Cedenten zustehen. Die neuere Jurisprudenz (Eisele S. 307 f.; Dernburg S. 404 f.) rechtfertigt die Erhaltung des Compensationsrechtes für den debitor cessus aus dem Gesichtspunkte, dass die einseitige Handlung des Cedenten die Rechtsstellung des Cessus nicht verschlechtern kann. Der debitor cessus erscheint hiernach berechtigt, sein aes alienum zur Tilgung seiner Forderung an den Cedenten auch gegen den Dritten zu verwenden, dessen Rechtsstellung ihm in den Weg tritt. Auch hierin liegt, wenigstens äusserlich, eine Annäherung an das Pfandrecht. Aber nur äusserlich. Denn das Compensationsrecht ist seinem Wesen nach, ebenso wie das Retentionsrecht, nur ein obligatorisches Recht. Die Wirksamkeit desselben gegenüber dritten Personen fliesst aus der Natur des Compensationsbegriffes, wie wir ihn auffassen, keineswegs und darf als Axiom um so weniger angesehen werden, als das röm. Recht für dieselbe ein Quellenzeugniss nicht aufweist.

sagen daher mit Fug (S. 1462): „Dem Rechte des Gläubigers, sich an eine Sache des Gemeinschuldners, welche er in seinem Besitze hat, abgesondert vor den anderen Gläubigern zu halten und sich aus dieser zu befriedigen, entspricht die Befugniss des Gläubigers, das Geld, welches er dem Gemeinschuldner anderweit schuldet, nicht zum Nutzen Aller zur Concursmasse zu zahlen, sondern diese seine Schuld zur Tilgung seiner Forderung abgesondert vor den übrigen Gläubigern zu verwenden.“

Den hier ausgesprochenen Gedanken hat aber die deutsche Reichs-Concursordnung nicht zu Ende gedacht. Haben die zur Compensation im Concurse berechtigten Gläubiger des Cridars dieselbe rechtliche Stellung, wie die Pfandgläubiger, dann ist es nicht consequent, den Begriff der Absonderungsberechtigten nicht auch auf jene auszudehnen. Unseres Erachtens wäre es das einzig Richtige gewesen, die Bestimmungen über Compensation im Concurse in jenem (5.) Titel mitzubehandeln, der von der Absonderung handelt. Die D. R. C. O. hat sich indessen begnügt, die innere Zusammengehörigkeit der Bestimmungen über Absonderung und jener über Aufrechnung dadurch zu manifestiren, dass sie auf den von der Absonderung handelnden (5.) Titel sofort den die Aufrechnung regelnden (6.) Titel folgen lässt.[26])

Ob unsere Gesetzgebung die richtige Auffassung von der Function des Compensationsrechtes im Concurse habe, das lässt sich wenigstens aus der Stellung unserer Lehre in der Con-

---

[26]) Die preussische Concursordnung vom 8. Mai 1855 spricht von der Compensation (Titel 1, Abschnitt 10, § 95—98) noch nicht in diesem Zusammenhange.

Die preuss. Concursordnung, hervorgegangen aus einer Verarbeitung des gemeinen deutschen und des französischen Rechtes, hat schon aus dem Grunde für uns grosse Bedeutung, weil die Ö. C. O. (ähnlich wie auch das die Gant behandelnde 5. Buch der Civilprocessordnung für das Königreich Baiern vom 29. April 1869) das System der preussischen C. O. in wesentlichen Punkten zur Grundlage hat.

cursordnung nicht entnehmen. Denn die österreichische C. O. spricht von der Compensation im ersten (materiellrechtlichen) Theile, und zwar im 1. Hauptstücke (No. VI) dieses Theiles, welches die rechtlichen Wirkungen der Concurseröffnung erörtert.

Aus dem Wesen des Compensationsrechtes im Concurse folgt, dass die im § 11 Ö. C. O. ausgesprochene Beschränkung, die da lautet: „Nach der Eröffnung des Concurses kann wegen einer Forderung an den Gemeinschuldner auf das in die Concursmasse gehörige Vermögen desselben ein Pfand- oder Retentionsrecht nicht erworben, Verbot oder ein anderes Sicherstellungsmittel oder Execution nicht erwirkt .... werden“ [27]), auch von der Compensation zu verstehen sei.

Diese Beschränkung ist eine nothwendige Consequenz aus dem sog. Concursanspruche, einem Anspruche, auf dessen Charakterisirung wir noch unten (§ 5 dieser Abhandlung) des Näheren eingehen werden. Für jetzt möge nur so viel bemerkt werden, dass kraft des Concursanspruches in der Weise gleiches Recht für alle Concursgläubiger (par conditio creditorum) geschaffen wird, dass Keiner seine Forderung anders als im gemeinschaftlichen Verfahren geltend machen darf; die gleiche Lage Aller verhindert, dass der Einzelne jetzt noch ein Recht erlangen könnte auf abgesonderte Befriedigung aus einzelnen zur Concursmasse gehörigen Werthen, dass insbesondere ein Gläubiger mit einer Schuld aufrechnen könnte, die zwar ein Activum der Concursmasse bildet, bezüglich welcher aber dem Gläubiger zur Zeit der Eröffnung des Concurses ein Compensationsrecht nicht zustand.

---

27) Die D. R. C. O. § 12 formulirt diese Beschränkung zutreffender mit den Worten: „Pfand- und Hypothekenrechte, Vorzugsrechte, sowie Zurückbehaltungsrechte an Gegenständen der Concursmasse können nach der Eröffnung des Concursverfahrens nicht mit verbindlicher Kraft gegen die Concursgläubiger erworben oder eingetragen werden, wenngleich der Anspruch auf Erwerb oder die Eintragung schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet gewesen ist.“

## § 3.
## Anmeldung der Compensation im Concurse.

Nach dem im vorhergehenden Paragraphen über die Bedeutung des Compensationsrechtes im Concurse Gesagten erscheint es ganz begreiflich und angemessen, wenn die Concursordnung für das Deutsche Reich im § 46 bestimmt, dass der Gläubiger des Cridars, soweit derselbe zu einer Aufrechnung befugt ist, seine Forderung im Concursverfahren nicht geltend zu machen braucht. Der citirte Paragraph ist nichts Anderes als ein anderer Ausdruck dafür, dass der zur Compensation berechtigte Gläubiger nicht darauf angewiesen ist, seine Befriedigung cridamässig aus der Concursmasse zu suchen, sondern dass er vielmehr berechtigt ist, sich abgesondert vom Concursverfahren aus seiner Deckung bezahlt zu machen, so weit diese reicht.

Auch das heutige österreichische Concursrecht enthält eine ähnliche Rechtsnorm. Bevor wir uns jedoch in eine nähere Erörterung derselben einlassen und, um insbesondere die Entstehungsgeschichte derselben kennen zu lernen, müssen wir einen Moment unsere Aufmerksamkeit dem älteren öst. Concurs-[1]) bez. Compensationsrechte zuwenden.

Durch ein Hofdecret vom 15. Januar 1787 J. G. S. No. 620

[1]) Durch die österreichische Concursordnung vom 25. December 1868, R. G. B. No. 1 für 1869, welche nach Ablauf von 3 Monaten nach dem Tage der Kundmachung derselben (im Reichsgesetzblatte am 1. Jänner 1869) in Wirksamkeit trat, verloren ihre Giltigkeit: die allgemeine Concursordnung vom 1. Mai 1781 J. G. S. No. 14 (in welcher das IX. Capitel der allgemeinen Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781 No. 13 J. G. S. „Von dem Concursprocesse“ mit enthalten war) und das IX. Capitel der westgalizischen Gerichtsordnung vom 19. October 1796 J. G. S. No. 329 sammt den zugehörigen Nachtrags-Verordnungen.

Diese Gesetze sind es, auf welche zunächst das allg. bgl. Gb. verweist, wenn es im § 1439 sagt: „Inwiefern gegen eine Concursmasse die Compensation stattfinde, wird in der Gerichtsordnung bestimmt.“

lit. n, gerichtet an das v. öst. A. G., wurde verordnet, dass die Compensationsrechte in Gestalt der ordentlichen Widerklage angebracht werden müssen.

Da nun nach öst. Rechte zu Folge der Resolution vom 31. Oktober 1785 J. G. S. No. 489 und § 55 W. G. O.[2]) der Widerklage jede Suspensivwirkung auf den Vorklageprocess abgesprochen werden muss, so entwickelte sich im Anschluss an das genannte Hofdecret eine Praxis, die einer gerichtlichen Compensation eigentlich gar keinen Raum gab. Dem Beklagten, welcher wider den Klageanspruch keine andere Vertheidigung hatte, als die der Compensation mit seiner Gegenforderung, blieb nichts Anderes übrig, als vorläufig zu zahlen und diese seine Gegenforderung auf dem Wege der Widerklage geltend zu machen.

Die gleiche Wirkung äusserte das obige Hofdecret natürlich auch im Concurse. Der Concursgläubiger, welcher wegen seiner Schuld von dem Concursmasse-Verwalter in Anspruch genommen wurde, konnte eine gerichtliche Compensation nicht erwirken. Auch er hatte keine andere Wahl, als seine Schuld ganz in die Concursmasse einzuzahlen und seine Gegenforderung in Gemeinschaft mit allen übrigen Concursgläubigern im Concursprocesse geltend zu machen und sich mit der auf dieselbe entfallenden cridamässigen Dividende zu begnügen.

Schon daraus ergiebt sich, dass jeder Gläubiger des Cridars, falls er überhaupt Befriedigung seiner Ansprüche suchen wollte, seine Forderung an die „Masse“ auch in dem Falle im Concurse „anmelden“[3]) musste, wenn ihm ein Compensationsrecht zustand.

---

[2]) Nur wenn der Kläger auf eine mit der Einrede vermengte Widerklage in seiner Replik freiwillig Rede und Antwort gegeben hat, tritt der effectus simultanei processus, wie er im gemeinen deutschen Process für die Widerklage besteht, ein. Hfd. vom 27. September 1792 J. G. S. No. 54 lit. a an das in. ö. A. G.

[3]) Dies geschah im ältern Concursrechte unmittelbar durch eine förm-



Seit dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche vom 1. Juni 1811 verschwand die dargelegte Gerichtspraxis.

Das Hofdecret vom 15. Januar 1787 konnte neben den die Compensation als Vertheidigung zulassenden Bestimmungen des codificirten Civilrechtes nicht stehen bleiben.[4])

Es konnte also nach dem Inslebentreten des allg. bgl. Gesetzbuches die Compensation vertheidigungsweise eingewendet werden sowohl von dem Concursmasse-Vertreter als auch vom Gläubiger des Cridars; und zwar von Ersterem in jenem Processe, der gegen ihn mit der Anmeldungsklage eingeleitet wird, und von dem Letzteren in jenem Processe, in welchem er vom Concursmasse-Verwalter auf Zahlung seiner Schuld in die Masse belangt wird.

Die Geltendmachung des Compensationsrechtes Seitens des Gläubigers des Cridars war aber im älteren Concursrechte noch an eine formelle Voraussetzung geknüpft, eine Voraussetzung, die sich aus der Gesammtanlage des damaligen Concursprocesses als nothwendige Consequenz ergiebt.

Die josefinische Concursordnung und die westgalizische Gerichtsordnung haben nämlich an dem starren Präclusionsprincipe des gemeinen deutschen Concursprocessrechtes[5]) strenge festgehalten.

Der § 7 des erstgenannten Gesetzes (und der § 84 W. G. O.) giebt diesem Principe Ausdruck, indem er verordnet, dass der Richter bei Eröffnung des Concurses alle, welche eine Forderung an

---

liche Klage. § 11, 12 A. C. O. und § 109, 111 W. G. O. Ueber den Charakter unserer heutigen „Anmeldung“ im Gegensatze zu dieser Klage vgl. den tüchtigen Aufsatz von Kaserer Jurist. Blätter 1880 No. 42 und 43.

[4]) Wagner Ueber die Compensation im Civilprocesse. S. 17 u. f. Dagegen Schuster Wie ist das Compensationsrecht geltend zu machen? Für die im Texte ausgesprochene Ansicht auch noch Raule Zeitsch. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit Jahrgang 1830, III. Band, S. 492; Pratobevera Materialien VII. S. 389 und Habietinek a. a. O. S. 197.

[5]) Bayer Theorie des Concursprocesses nach gemeinem Rechte. 4. Aufl. S. 143, 156—164.



den Cridar haben, durch ein öffentliches Edict vorzuladen, und denselben aufzutragen habe, sie mögen ihre Forderungen bis zu einem bestimmten Tage anmelden, widrigens sie von dem vorhandenen Vermögen, in so weit es die Gläubiger, die sich melden werden, erschöpfen, abgewiesen sein würden. Dieser Paragraph wird dann noch erläutert durch eine Bestimmung des § 29 A. C. O. (§ 116 W. G. O.), wonach jene, welche bis zu dem im Edicte bestimmten Tag ihre Forderungen nicht angemeldet haben, nicht mehr anzuhören sind, wenn ihnen auch ein Compensationsrecht gebührte;[6]) dass sie also, wenn sie in die Masse schuldig wären, ungeachtet des Compensationsrechtes, das ihnen sonst zu Statten gekommen wäre, ihre Schuld ganz abtragen müssen.

Aus diesem Principe folgte nun, dass der Gläubiger des Cridars, belangt wegen seiner Schuld an denselben, nur dann seine wenn auch vor der Eröffnung des Concurses entstandene Gegenforderung compensando geltend machen durfte, wenn dieselbe im Concursverfahren nicht präcludirt war.[7])

An dieser Consequenz lässt sich u. E. nicht rütteln. Auch die Einwendung ist nicht stichhaltig, dass die Präclusion der Forderung im Concurse nur den Sinn habe, dass dieselbe nunmehr von der Befriedigung aus der Concursmasse ausgeschlossen sei, und dass zu der Concursmasse eine zur Compensation geeignete Schuld an den Cridar nicht gehöre, sondern eine Son-

[6]) Nicht das „Compensationsrecht", sondern die Forderung muss angemeldet worden sein. Entsch. des obersten Gerichtshofes vom 16. November 1865 Z. 8749, Gerichtszeitung Jahrgang 1866 No. 15, ferner E. vom 22. Februar 1860 Z. 1142 G. U. W. No. 1087. Vgl. auch Zugschwerdt im „Jurist" X. S. 447—449. Die E. vom 4. November 1863 Z. 7488 G. U. W. No. 1826 besagt, dass der Gläubiger dann mit der Forderung auch das Compensationsrecht anmelden müsse, wenn er die Schuld zugesteht.

[7]) Ausgenommen waren kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung compensable Forderungen der Handelsleute, welche mit dem Cridar in Handelsverkehr und Correspondenz gestanden und gegen einander ordentliche Bücher geführt haben. Hofd. v. 5. April 1782 No. 40 J. G. S. und § 117 W. G. O. Zugschwerdt S. 449 ff.



dermasse bilde. Denn das ältere Concursrecht kennt in seiner Uebertreibung des Principes der sog. Universalität des Concurses keine Sondermassen; auch die „bedeckten" Gläubiger können aus ihren „Deckungen" nur innerhalb des gemeinsamen Concursprocesses und durch denselben hindurch, und nicht ausserhalb desselben ihre Befriedigung finden.

Die Praxis hat sich jedoch an diese dem Wortlaute und Geiste des Gesetzes genau entsprechende Consequenz nicht immer gekehrt.[8]) Es ist überhaupt eine Eigenthümlichkeit unserer Judicatur, dass sie in allen Fällen, wo es sich darum handelt, einem materiellen Rechte zum ungeschmälerten Durchbruche zu verhelfen, den Formvorschriften eine untergeordnete Bedeutung beimisst.

In unserer Frage hatte eine gesetzwidrige Rechtsprechung überdies einen Anhaltspunkt an jener übrigens völlig unhaltbaren und undurchführbaren Compensationstheorie, die sich lediglich an den Wortlaut des § 1438 a. bgl. Gb. hält, und nach welcher sich Gegenforderungen ohne Berufung einer der beiden Parteien unmittelbar im Gefolge des Rechts selbst mit dem Augenblicke ihre Coexistenz aufheben.

Nach dieser Theorie gilt die Forderung des Concursgläubigers bis zur Höhe seiner Schuld an den Cridar schon vor der Concurseröffnung ohne Weiteres als erloschen. Dem Gläubiger kann aber nicht zugemuthet werden, eine erloschene, also gegenwärtig nicht existirende Forderung bei der Concursmasse anzumelden und sich dadurch überflüssige Professionskosten zu machen. Es kann weder die nicht mehr existirende Forderung des angeblichen Concursgläubigers zur Passivmasse, noch die nicht mehr existirende Schuld desselben zu der zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Concursgläubiger dienenden Activmasse gerechnet werden.[9])

---

[8]) Richtig sind die oben in Anmerkung 6 citirten Entscheidungen.
[9]) Z. B. G. U. W. No. 1087 i. f.



In diesem Sinne sprach sich die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 17. September 1852 Z 8540 (Allg. öst. Gerichts-Zeitung Jahrgang 1853 No. 1 und Peitler Sammlung von Entscheidungen zum allg. öst. bgl. Gesetzbuch 2. Aufl. S. 1063) aus, die da sagt: „Derjenige, welcher gegen den Cridatar eine bereits vor der Concurseröffnung liquide und executionsfähig gewordene Forderung zu stellen hat, braucht dieselbe, wenn er damit nur die seinige dem Betrag nach gleiche oder geringere Schuld an eine Concursmasse compensiren will, nicht bei der Concursmasse anzumelden, sondern kann, ungeachtet er diese Anmeldung unterlassen hat, dem gegen ihn erhobenen Anspruch der Concursmasse jene Forderung mittelst der Einwendung der Compensation entgegensetzen. Die Bestimmung des § 29 A. C. O. (§ 116 W. G. O.) ist auf jene Fälle nicht anwendbar, in welchen eine Schuld gegen die Concursmasse schon vor der Eröffnung des Concurses durch gesetzliche Compensation getilgt war."

Der schwankenden Praxis wurde endlich durch die neue Concursordnung ein Ende gemacht.

Schon der von Pratobevera in seinen Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den österreichischen Staaten citirte neue Entwurf einer Gerichtsordnung enthält über diese Streitfrage folgende Bestimmung (Mat. VII, S. 392 Anm.): „Forderungen, die vermöge einer vor Eröffnung des Concurses eingetretenen eigentlichen[10]) Compensation gesetzlich als erloschen anzusehen sind (a. b. Gb. § 1438 u. ff.) unterliegen keiner Liquidation. Daher sind auch Handelsleute, insoweit ihre Handelsbücher eine nach den Handelsgesetzen zulässige Ausgleichung zwischen Forderung und Schuld darstellen, zu einer Anmeldung nicht verbunden. Sie haben nur den reinen

---

[10]) Das ist der ältere Ausdruck für die compensatio necessaria. Wagner a. a. O. S. 21. Wir gebrauchen den Ausdruck „Compensation" schlechthin der Kürze halber immer im Sinne von „gerichtlicher Compensation".



Ueberschuss ihrer Forderung anzumelden, oder sich gegen die Masse über ihr Guthaben und die richtige Buchführung auszuweisen.“

Diese Bestimmung gieng fast wörtlich in die provisorische Concursordnung vom 18. Juli 1853 für Ungarn und Siebenbürgen (§ 111) über und findet sich im § 20 unserer Concursordnung in den Worten: „Forderungen, welche vermöge einer vor Eröffnung des Concurses eingetretenen Compensation gesetzlich als erloschen anzusehen sind, bedürfen keiner Anmeldung im Concurse.“

Die Vorgeschichte dieses Paragraphen lässt über die Tragweite desselben keinen Zweifel aufkommen. Er verlangt nicht, dass die Compensation in unserem Sinne vor der Eröffnung des Concurses entweder gerichtlich oder aussergerichtlich mit rechtsaufhebender Wirkung vollzogen sei, sondern er will offenbar nichts Anderes sagen, als dass von jenen Forderungen, welche vor der Eröffnung des Concurses als compensable einander gegenüberstanden, die Forderung an den Cridar keiner Anmeldung im Concurse bedürfe.

Der Wortlaut des Paragraphen freilich besagt noch etwas Anderes. Er lässt uns ganz unzweideutig ersehen, dass der Gesetzgeber sich zu jener Compensationstheorie bekennt, die dem inneren Wesen und Zwecke des Rechtsinstituts der Compensation geradezu in das Gesicht schlägt. Dass uns eine solche überdies nur nebenbei gemachte Aeusserung unserer Gesetzgebung nicht zwingen kann, eine in leidlichem Einklange mit dem hier in erster Linie in's Gewicht fallenden allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche stehende Construction mit einer fast von der gesammten civilistischen Theorie für unmöglich erklärten zu vertauschen, das bedarf u. E. keines Beweises. Wir möchten hier an das erinnern, was in einem ähnlichen Falle der römische Jurist gethan hat. Als nämlich durch einen Senatsbeschluss ausdrücklich erklärt wurde, dass auch an verbrauchbaren Vermögensgegenständen der ususfructus vermacht wer-

den könne, sagte man: Quo Scto. non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit. 1 2 § 1 D de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur (7, 5).

Der mit einem Compensationsrechte gedeckte Gläubiger des Cridars ist also nach der gegenwärtigen österreichischen Concursordnung nicht verpflichtet, an dem gemeinsamen Concursverfahren Theil zu nehmen, mit anderen Worten: er ist nicht nothwendig Concursgläubiger. Damit ist selbstverständlich nicht gesagt, dass er seine Forderung im Concurse überhaupt nicht anmelden dürfe. Es steht ihm vielmehr frei, wegen des unbedeckten Restes seiner Forderung auch als Concursgläubiger aufzutreten. In diesem Falle muss er das ganze Deckungsverhältniss unter genauer Angabe seiner Schuld an den Cridar in der Anmeldung darlegen; er kann aber das Begehren auf Liquidirung und Rangbestimmung vorläufig in Ansehung des vollen Betrages seiner Forderung stellen. (§ 109 Ö. C. O.)

Auch ist in der geltenden österreichischen Concursordnung das starre Princip der unbedingten Präclusion verspäteter Anmeldungen beseitigt und gestattet, dass auch solche Gläubiger, welche ihre Forderung erst nach Ablauf der Edictalfrist anmelden und liquidiren, an den Vertheilungen desjenigen Vermögens participiren, über welches zu Gunsten der übrigen noch nicht disponirt ist. Für den nachträglich angemeldeten Anspruch ist ein besonderer Prüfungstermin anzuordnen. Es haben aber die Gläubiger, welche die ordentliche Anmeldungsfrist versäumen, die nothwendigen Kosten zu tragen, welche durch die neue Einberufung der Gläubiger und durch die separate Prüfung solcher nachträglicher Anmeldungen sowohl den einzelnen Gläubigern, als auch der „Masse“ verursacht werden. (§ 123, 186 Ö. C. O.)

Zur wirksamen Ausübung des Compensationsrechtes Seitens des Gläubigers reicht eine darauf abzielende aussergerichtliche

Erklärung desselben gegen den Concursmasseverwalter nur dann aus, wenn der Letztere ausdrücklich oder stillschweigend seine Zustimmung zur Compensation ertheilt. In einem solchen Falle liegt eine compensatio voluntaria vor. Zur Abgabe dieser zustimmenden Erklärung wird der Concursmasseverwalter unter Umständen der Ermächtigung von Seite des Concurscommissärs bez. nach Abhaltung der allgemeinen Liquidirungstagfahrt des Gläubigerausschusses gemäss § 147 Ö. C. O. bedürfen. Wird die Zustimmung Seitens des Concursmasseverwalters versagt, dann kommt es zur Compensation erst in jenem Processe, welchen der Concursmasseverwalter anstrengt, um den Gläubiger zu verhalten, seine Schuld an den Cridar zur Masse zu bezahlen und in welchem die beantragte Compensation durch richterliches Erkenntniss vollzogen wird.

Sowohl in dem Falle einer gerichtlichen als auch in jenem einer aussergerichtlichen Compensation erfolgt somit, falls die Forderung nicht angemeldet wurde, eine Prüfung und Feststellung derselben ohne Zuziehung der Concursgläubiger, die doch sonst regelmässig das Recht haben, die geltend gemachten Forderungen entweder anzuerkennen oder zu bestreiten. (§ 119 Ö. C. O.)

Und dies mit Recht. Denn wenn und soweit der Gläubiger zur Aufrechnung berechtigt ist, ist er, wie bereits erwähnt, kein Concursgläubiger, und seine Forderung keine Concursforderung; die Schuld, mit der er zur Aufrechnung auf seine Forderung befugt ist, gehört nicht zur Concursmasse. Sie bildet ein abgesondertes Gut, das lediglich zu seiner Befriedigung zu dienen bestimmt ist. Seine Forderung ist nach der richtigen Ansicht durch einen Absonderungsanspruch gedeckt und daher abgesondert vom Concurse ausschliesslich zwischen ihm und dem Concursmasse-Verwalter abzuthun.[11])

---

[11]) Motive zu dem Entwurf einer Concursordnung für das Deutsche Reich S. 1463. Vgl. auch Striethorst Arch. LXXX. No. 52.

## § 4.
## Beschränkungen und Erweiterungen des Compensationsrechtes im Concurse im Allgemeinen.

Die Erörterungen im § 2 dieser Abhandlung haben ergeben, dass das Compensationsrecht für den Creditgeber ein Sicherungsmittel, eine Deckung im Concurse ist, wie die Retention und das Pfandrecht.

Im Concurse ist es der Standpunkt des Gläubigers, welcher die Compensation von Bedeutung macht.[1] Für ihn ist es von Belang, wenn er nicht verhalten werden kann, seine Schuld ganz in die Masse einzuzahlen und auf seine Forderung lediglich die cridamässige Dividende zu erhalten, sondern in der Lage ist, im Compensationswege für den ganzen Nominalbetrag seiner Forderung oder doch quoad summam concurrentem Befriedigung zu erlangen.

Da das Compensationsrecht ein wechselseitiges ist, so steht es selbstverständlich, wenn Compensabilität im Concurse überhaupt vorhanden ist, auch dem Cridar, resp. Concursmasseverwalter zu. Allein für den Letzteren hat das Compensationsrecht im Concurse, die Solvenz des Gläubigers vorausgesetzt, regelmässig nicht das geringste Interesse. Das liegt nach dem soeben Gesagten auf der flachen Hand. Der Concursmasseverwalter wird doch wol nicht vorziehen, eine Forderung nach ihrem ganzen Nominalbetrage zu befriedigen, wenn er in der Lage ist, sie cridamässig zu bezahlen!

Dieser Umstand wird als völlig gerechtfertigt erscheinen lassen, wenn sich die vorliegende Abhandlung darauf beschränkt, nur das Recht der Compensation gegen den Cridar resp. Concursmasseverwalter darzustellen.

Jeder Gläubiger des Cridars, der im Concurse in der Lage ist, sich auf ein Compensationsrecht zu berufen, ist, wie bereits

---

[1]) Motive zur D. R. C. O. S. 1462.

oben angedeutet wurde, aus eben diesem Grunde kein Concursgläubiger im technischen Sinne des Wortes.

Denn zu den Concursgläubigern zählen sowohl nach gemeinem Rechte,[2]) als auch nach der österreichischen[3]) und deutschen[4]) Reichs-Concurs-Ordnung nur diejenigen persönlichen Gläubiger des Cridars, welche wegen ihrer vor der Concurseröffnung entstandenen vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem zur Concursmasse gehörigen Vermögen als Ganzem zu befriedigen sind. Nur diese eigentlichen Concursgläubiger nehmen an dem Concursverfahren Theil.

Der sein Compensationsrecht geltend machende Gläubiger verlangt eben die Befriedigung seiner Forderung nicht aus der gemeinschaftlichen Concursmasse als Ganzem; er verwendet vielmehr ausserhalb des Concursprocesses sein zum Vermögen des Cridars gehöriges aes alienum zu seiner eigenen Befriedigung, er rechnet seine Schuld auf seine Forderung auf, er compensirt mit seiner Forderung die Schuld, die da von der (gemeinschaftlichen) Concursmasse für ihn abgesondert wurde.

Kann nun in allen Fällen ein Gläubiger des Cridars, der zugleich dessen Schuldner ist, im Concurse compensiren, wenn er abgesehen vom Concurse zur Compensation berechtigt wäre? Und weiter, kann der Gläubiger nur dann im Concurse compensiren, wenn er auch abgesehen von demselben hiezu befugt wäre?

Im Allgemeinen gelten auch für die Compensation im Concurse die sonstigen Vorschriften des materiellen Civilrechtes, das da Gegenseitigkeit der Forderungen, Gleichartigkeit ihres Gegenstandes, Fälligkeit und nach der gemeinen Ansicht auch relative Liquidität derselben erfordert. (§§ 1438—1443 a. bgl. G. B.) Es ist hier nicht der Ort, auf die allgemeinen Voraussetzungen der

---

[2]) Fuchs Das Concursverfahren (Beiträge zum Civilprocess. 2. Heft) S. 30.

[3]) § 1 alin. 2 und § 42 Ö. C. O.

[4]) § 2 D. R. C. O.



Compensation näher einzugehen; überdies sind ja die hierher einschlagenden Fragen insbesondere von Dernburg,[5]) und zwar von diesem nicht blosz nach gemeinem Rechte, sondern auch mit Berücksichtigung der neueren Particulargesetzgebungen — das österreichische Recht mit eingeschlossen —, und neuerdings, wenn auch mit Beschränkung auf das gemeine Recht von Eisele[6]) in der trefflichsten Weise behandelt, so dass wir uns auf diese classischen Schriftsteller über Compensation lediglich berufen wollen.

Nur eine kleine Bemerkung möge uns gestattet werden über das auch im österreichischen Rechte (Dernburg S. 579 f.) unklare Erforderniss der sog. Liquidität (Richtigkeit) der Gegenforderung.

Wir haben es hier nicht mit einer constitutiven Voraussetzung des Compensationsrechtes zu thun, sondern lediglich mit einer Voraussetzung für eine bestimmte Form der Geltendmachung desselben. Der Umstand, dass die Gegenforderung nicht liquid ist, d. h. nach der herrschenden Meinung noch einer Feststellung durch Berechnung oder Beweis bedarf, verhindert nicht die Entstehung des Compensationsrechtes, berechtigt jedoch den Richter, die Compensationseinwendung aus dem Processe ad separatum zu verweisen, „wenn die Feststellung der Gegenforderung voraussichtlich unverhältnissmässige Zeit in Anspruch zu nehmen droht. Nun bleibt trotz solcher Verweisung das materielle Compensationsrecht erhalten; d. h. thut der Schuldner seine Gegenforderung dar, so kann er alles verlangen, was er gehabt haben würde, wenn schon damals auf die Compensation Rücksicht genommen worden wäre.“[7])

Das ist gerade im Concurse von der grössten ökonomischen Wichtigkeit, wenn der vom Concursmasseverwalter belangte Gläubiger mit seiner Compensationseinwendung wegen Illiqui-

---

[5]) Compensation S. 372—570.

[6]) Compensation S. 283—360.

[7]) Pfaff a. a. O. S. 58.

dität derselben zurückgewiesen wurde und nunmehr seine Forderung im separatum geltend macht.

Die allgemeinen civilrechtlichen Normen erscheinen bei der Compensation im Concurse einigermaszen modificirt. Es wirkt hier eben der Umstand ein, dass die eine der zur Compensation sonst geeigneten Forderungen gerichtet ist gegen einen Schuldner, dessen Vermögen notorisch in Verfall gerathen ist.

Die Modificationen, welche das Compensationsrecht durch den Ausbruch des Concurses erfährt, lassen sich auf zwei Gesichtspunkte zurückführen. Dasselbe erscheint nämlich bald beschränkt und bald wieder erweitert durch die Einwirkung des Concurses.

Die Beschränkungen des Compensationsrechtes im Concurse ergeben sich aus der Thatsache, dass der Concurs das Activvermögen des Gemeinschuldners mit starker Hand ergreift und, insoweit es nicht schon mit Deckungsrechten einzelner Gläubiger behaftet ist, als so zu sagen gemeinsames Befriedigungsobject für alle nicht gedeckten Gläubiger und nur für diese in einem gemeinsamen Vertheilungsverfahren verwendet.

Es kommt also in erster Linie darauf an, dass die Deckung, also die Compensabilität schon im Momente der Eröffnung des Concurses vorhanden war. Das führt uns zunächst zur Betrachtung des Falles, dass Forderung und Schuld an den Gemeinschuldner schon vor der Eröffnung des Concurses existirten (§ 6 dieser Abhandlung), dann aber auch zur Untersuchung der anderen entgegengesetzten Möglichkeiten, dass die Forderung und Schuld erst nach der Concurseröffnung (§ 7), ferner, dass die Forderung vor, die Schuld nach der Concurseröffnung (§ 8) und endlich, dass die Forderung nach, die Schuld vor der Concurseröffnung entstanden sind (§ 9).

Bei der Erörterung dieser Möglichkeiten wird sich regelmässig das Resultat ergeben, dass eine Compensation, die sonst zulässig wäre, im Concurse für unzulässig erklärt werden muss. Um etwaigen Missverständnissen vorzubeugen, soll gleich hier

ein für alle Male bemerkt werden, dass damit nur gemeint sein soll, es könne die Forderung an den Cridar nicht mit ihrem Nominalbetrage für die Compensation in Rechnung gezogen werden, dass damit jedoch keineswegs behauptet sein soll, es dürfe die Schuld des Gläubigers nicht einmal mit jener Dividende compensirt werden, welche bei der cridamässigen Vertheilung der Concursmasse auf die Forderung entfällt. Das Letztere setzt voraus, dass bis zur Feststellung der Dividendenhöhe die Schuld vom Concursmasseverwalter nicht eingetrieben wird.

Die Erweiterungen des Compensationsrechtes im Concurse ergeben sich aus dem Zwecke des Concursverfahrens, wo möglich die gesammten vermögensrechtlichen Beziehungen des Gemeinschuldners gleichzeitig abzuwickeln.

In Verfolgung dieses Zieles sieht das Concursrecht von dieser oder von jener Voraussetzung ab, die nach den Bestimmungen des materiellen Civilrechtes sonst für die Compensation von Forderungen unerlässlich ist.

So kann es im öst. Concurse zwar nicht zur Compensation von ursprünglich ungleichartigen (§ 12), wohl aber zur Compensation von fälligen und nicht fälligen Forderungen (§ 13) kommen, welche letztere Erweiterung auch die Frage nahe legt, ob im Concurse nicht auch suspensiv (§ 14) und resolutiv bedingte (§ 15) Forderungen zur Compensation tauglich wären.

So hätten wir denn eine Uebersicht gewonnen über die Gliederung, in welcher der im Folgenden zu erörternde Stoff dieser Abhandlung angeordnet werden soll.

Zunächst wollen wir (I.) über die Beschränkungen des Compensationsrechtes im Concurse (§§ 5—11), sohin (II.) über die Erweiterungen desselben (§§ 12—15) und schliesslich (III.) auch noch über das juristische Schicksal desselben nach Beendigung des Concursverfahrens (§ 16) sprechen.[8])

[8]) Eine ähnliche Anordnung des Stoffes findet sich bei Fuchs Der Deutsche Concursprocess, S. 82—88, und zum Theil auch in den Motiven zur D. R. C. O.

# I. Beschränkungen des Compensationsrechtes im Concurse.

## § 5.

## Der Concursanspruch.[1])

Die Modificationen, welche das Compensationsrecht im Concurse erfährt, erscheinen fast insgesammt als Consequenzen des sog. Concursanspruches. Auf diesen als die letzte und alleinige Grundlage des gesammten Concursrechtes lassen sich überhaupt die eigenartigen Rechtsphänomene im Concurse zurückführen. Es bedarf daher keiner besonderen Rechtfertigung, wenn hier zunächst der Versuch gemacht wird, den Concursanspruch begrifflich festzustellen und sohin zu zeigen, inwiefern die Modificationen des Compensationsrechtes im Concurse mit dem Concursanspruche im Zusammenhange stehen.

Zwar erwähnt unsere Concursordnung nirgends ausdrücklich den Concursanspruch, da ja erst den Motiven zur deutschen Reichs-Concursordnung das Verdienst gebührt, diesen fundamentalen Begriff in den Vordergrund gestellt zu haben; allein derselbe ist mit dem Wesen des Concurses so innig verwebt, dass es ein thörichtes Beginnen wäre, zu behaupten, das österreichische Concursrecht könne auf diesem concursrechtlichen Fundamente gar nicht construirt werden. Bei näherer Betrachtung muss sich sogar ergeben, dass erst durch die Einführung dieses Grundbegriffes in das System der concursrechtlichen Normen Oesterreichs die meisten Rechtssätze unserer Concursordnung in den richtigen systematischen Gesichtspunkt gerückt werden.

Im Concurse handelt es sich immer um eine Mehrheit von vermögensrechtlichen Forderungen, zu deren vollständiger Befriedigung der Schuldner ausser Stande ist. Nach heutigem Rechte

---

[1]) Vgl. über das Folgende Schultze Das Deutsche Concursrecht in seinen juristischen Grundlagen. S. 9 ff.



hat jeder obligatorische vermögensrechtliche Anspruch in letzter Linie immer den gleichen Inhalt: er soll aus dem Vermögen des Schuldners befriedigt werden. Concurriren nun mehrere solche Ansprüche, die aus dem Vermögen des Schuldners befriedigt werden sollen, aber wegen seiner Vermögensnoth[2]) nicht befriedigt werden können, so erscheint es als das Natürlichste und Billigste, wenn die Rechtsordnung die ausschliessliche Verwendung des Vermögens für alle diese Gläubiger in einem und demselben, also gemeinschaftlichen Verfahren verordnet. Daraus ergiebt sich, dass jeder von den zur Zeit der Eröffnung des Concurses vorhandenen „vermögensrechtlichen" Gläubigern (Concursgläubigern) den Anspruch hat, zu verlangen, dass nunmehr das gesammte der Concursverhandlung zu unterziehende Vermögen des Gemeinschuldners (die Concurs- oder Theilungsmasse) zur gesetzlich geregelten Vertheilung unter die sämmtlichen vorhandenen Concursgläubiger und nur unter sie verwendet werde. Dieser Anspruch ist der Concursanspruch. Er steht jedem der Concursgläubiger zu und soll eben durch das Concursverfahren verwirklicht werden.

Der Concursanspruch wird begründet durch den Verfall des Vermögens des Schuldners (Insufficienz, Insolvenz). Die Thatsache des Vermögensverfalls selbst erzeugt ihn, und nicht erst das decretum de aperiundo concursu. Durch dieses

---

[2]) Wir gebrauchen im Texte der Kürze wegen den Ausdruck „Vermögensnoth" und verstehen unter demselben bald Insolvenz, bald Insufficienz, bald Beides zugleich. Das österreichische Recht betrachtet nämlich regelmässig die Insufficienz in Verbindung mit der Insolvenz (§ 63 Ö. C. O.), im Falle des § 64 Ö. C. O. eine qualificirte Insolvenz, im Falle des § 62 Ö. C. O. entweder Insolvenz oder Insufficienz, und im sog. kaufmännischen Concurse Insolvenz als Erzeugungsgrund des Concursanspruches (§ 198 Ö. C. O.). Ueber den Unterschied zwischen Vermögensunzulänglichkeit und Zahlungsunfähigkeit (sowie Zahlungseinstellung) jetzt Dernburg Lehrb. des pr. Privatrechtes 2. Band, 2. Aufl. S. 266. Vgl. auch Pr. C. O. § 113, 118, 322 f. und Striethorst Arch. XX. No. 87. Die D. R. C. O. macht, den Unterschied zwischen gemeinem und kaufmännischen Concurse zurückweisend, die Zahlungsunfähigkeit zum regelmässigen Concursgrund.

letztere wird nur declarirt, dass ein Concursanspruch entstanden ist, resp. besteht. Und zwar ist, wie wir sofort hinzufügen müssen, nach positivem Rechte dieser Concurseröffnungsbeschluss die einzige Form, durch welche das Vorhandensein des Concursanspruches constatirt werden kann. Die Wirkungen desselben treten daher nur in dem Falle ein, wenn derselbe in dieser Art formalisirt wurde. Das ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn dem Concurseröffnungsantrage nur aus dem Grunde keine Folge gegeben wird, weil es sich zeigt, dass das Vermögen zu gering ist, um die Kosten der Concursverhandlung zu decken. (§ 66 Ö. C. O.) Mag auch in einem solchen Falle materiell der Concursanspruch begründet sein, er kommt im Rechtsleben nicht zur Geltung, weil aus rein processpolitischen Gründen das Concursverfahren nicht eröffnet werden darf bez. das trotz dieses Verbotes eröffnete Verfahren als ungesetzlich ohne Verzug aufgehoben werden muss. (§ 154 Ö. C. O.) Auch wirkt der Concursanspruch nach positivem Rechte nur so lange, als das Verfahren dauert; er hört regelmässig in dem Momente zu wirken auf, in welchem das Verfahren aus irgend welchem Grunde geschlossen wird, mag auch der Concursanspruch in diesem Verfahren nicht in vollständiger Weise erledigt worden sein.

Die Modificationen des Compensationsrechtes im Concurse sind wie die Wirkungen des Concurses überhaupt nur äusserlich betrachtet Wirkungen der Concurseröffnung. Thatsächlich sind auch sie Wirkungen des materiellen Concursanspruches, die jedoch erst dann als vorhanden angesehen werden dürfen, wenn das Gericht in dem decretum de aperiundo concursu das Vorhandensein des Concursanspruches constatirt hat.

Der Concursanspruch darf natürlich nicht verletzt werden.

Alle denselben verletzenden Handlungen, mögen sie nun vom Gemeinschuldner selbst oder einem Concursgläubiger ausgegangen sein, sind daher den Concursgläubigern gegenüber unwirksam.

Hierbei ist es principiell gleichgültig, ob diese Handlungen

erst nach oder schon vor der Eröffnung des Concurses gesetzt worden sind. Den die Unwirksamkeit derselben geltend machenden Gläubigern liegt es ob, nachzuweisen, dass der Concursanspruch bereits in jenem Zeitpunkte bestand, in welchem die fragliche denselben beeinträchtigende Handlung gesetzt wurde. Liegt dieser Zeitpunkt in der Zeit vor der Eröffnung des Concurses, dann wird der Beweis, vorausgesetzt dass er nach positivem Rechte überhaupt statthaft ist, bei Weitem lästiger sein, als in dem anderen Falle, wo die blosse Berufung auf das decretum de aperiundo concursu, in welchem ja der Concursanspruch formalisirt erscheint, hinreichend ist.

Eine Consequenz des existent gewordenen Concursanspruches ist es, dass jeder in der Masse enthaltene Werth zu Gunsten aller an dem Verfahren Theil. nehmenden Gläubiger verwendet werden muss.

Von den möglichen die Concursmasse bildenden Werthen interessiren uns hier lediglich die Forderungen des Gemeinschuldners an dritte Personen, oder um anschaulicher zu sprechen alles das, was dritte Personen dem Gemeinschuldner schuldig sind.

Kraft des Concursanspruches kann nun jeder Concursgläubiger verlangen, dass auch alles das, was dem Gemeinschuldner zur Masse geschuldet wird, zur gesetzlich geregelten Vertheilung unter die sämmtlichen vorhandenen Gläubiger und nur unter sie verwendet werde. Das, was zur Masse geschuldet wird, gebührt gleichsam allen Gläubigern zusammen cridamässig.

Daraus folgt, von jeder positiven dem zur Compensation berechtigten Gläubiger ein Absonderungsrecht gewährenden Bestimmung abgesehen, mit Nothwendigkeit als Regel, dass ein Concursgläubiger nicht berechtigt ist, das was er zur Masse schuldet, ganz zur Aufrechnung auf seine Forderung zu verwenden. Denn darin läge eine Verletzung des Concursanspruches gegenüber allen übrigen Concursgläubigern, denen die fragliche Schuld-

summe entzogen werden würde. Er kann höchstens jene Dividende zur Compensation verwenden, die aus dem Cridavermögen auf seine Forderung entfällt.

Das eben Gesagte muss jedoch in einer gewissen Rücksicht eingeschränkt werden.

Der Concursanspruch — es sei uns zur besseren Verdeutlichung unseres Gedankenganges ein Bild gestattet — ergreift und umklammert das fragliche Guthaben des Gemeinschuldners und hält dasselbe fest umschlossen, um so allen anderen mit dem Concursanspruche unverträglichen Ansprüchen den Zugriff auf dasselbe unmöglich zu machen. Die Situation ist einfach, wenn das fragliche Guthaben isolirt und beziehungslos dem Concursanspruche gegenüber steht.

Das ist aber nicht immer der Fall. Denn mitunter erscheint die in Rede stehende Verpflichtung nur als ein minder selbständiges Element eines Complexes von rechtlichen Beziehungen, die, sei es ihrer Natur nach, sei es kraft willkürlicher Abrede, juristisch nur als Einheit in Betracht kommen. Aus dieser Einheit kann der Concursanspruch die Verpflichtung nicht herausschälen, ohne sie zu zerstören. Hier bleibt demselben nichts Anderes übrig, als zunächst die ganze Einheit rechtlicher Beziehungen und in derselben mittelbar auch die fragliche Verpflichtung zu umfassen, die Abwickelung und Auseinandersetzung dieser Beziehungen abzuwarten und erst das sich nach diesen Vorgängen etwa ergebende Guthaben des Gemeinschuldners für die Concurszwecke ungeschmälert zu verwenden. Schuld und Forderung dürfen, wenn der Concursanspruch deren Compensabilität beeinträchtigen soll, nicht in solchen Beziehungen zu einander stehen, dass derselbe nicht im Stande ist, die Schuld zu isoliren.

Solche Beziehungen sind einmal dann anzunehmen, wenn die beiden Gläubiger-Schuldner mit einander ein rechtsgiltiges pactum de compensando abgeschlossen haben;[3]) ferner dann, wenn

[3]) Z. B. in dem von Dernburg Comp. S. 437 angeführten Falle, wenn einem

Schuld und Forderung aus dem gemeinsamen Boden eines und desselben Vertragsverhältnisses[4]) hervorgesprossen sind.

In diesen beiden Fällen kann die auch sonst zulässige Verrechnung unbeeinflusst durch das Schweben des Concurses vollzogen werden und fällt nur der etwa für den Gemeinschuldner sich ergebende Ueberschuss unter den Concursanspruch.

Zu dem obigen aus dem Begriffe des Concursanspruches abgeleiteten Resultate kommt man übrigens auch noch durch eine scheinbar andere, aber in Wesenheit auch auf den Vermögensverfall beim Schuldner zurückführende juristische Schlussfolgerung, von der mitunter in unserer Spruchpraxis Gebrauch gemacht wird. Nach den Vorschriften des Civilrechtes kann die Compensation nur dann Statt haben, wenn die einander gegenüberstehenden Forderungen gleichartig sind. Unter gewöhnlichen Verhältnissen genügt es, dass eine Forderung nominell auf dasselbe gerichtet ist, wie die andere. Wenn jedoch das Vermögen des einen Gläubiger-Schuldners in Verfall gerathen ist, dann schwindet diese (von jetzt an nur nominell vorhandene) Gleichartigkeit. Denn die Schuld des solventen Concursgläubigers kann nicht als gleichwerthig angesehen werden mit einer Forderung an den insolventen Gemeinschuldner. Die Forderung sinkt zufolge des Vermögensverfalles auf jene

---

Beamten, bevor über sein Vermögen der Concurs eröffnet wurde, von der ihn besoldenden Behörde ein Darlehen unter der Verabredung gegeben wurde, dass die Rückzahlung successive aus seinem Gehalte erfolge. Es braucht kaum bemerkt zu werden, dass auch die Posten des Contocorrentes einzeln vom Concursanspruche ebenso wenig ergriffen werden, als von der Execution. Keine einzige Debet- oder Creditpost kann aus dem Contocorrente losgelöst werden; sie hat ihre Individualität verloren und kommt nur als Theil eines Ganzen, das Saldo, in Betracht. Der Concurs bewirkt den Abschluss des Contocorrentes und nur ein hiebei sich ergebendes Guthaben des Cridars ist in die Concursmasse einzubeziehen. Grünhut Das Recht des Contocorrentverkehrs in seiner Zeitsch. III. S. 506 f.

[4]) Z. B. aus einem Pachtvertrage. Blätter für Rechtsanwendung zunächst für Bayern XXXIV. S. 245; Seuffert Archiv VIII. No. 214; IX. No. 236.

Quote herab, die auf dieselbe bei der künftigen Vertheilung der Concursmasse entfallen wird. Und nur diese Quote könnte zur Compensation verwendet werden.

Diese einfachen aus dem Wesen des Concurses resultirenden Grundsätze führen jedoch in Verbindung mit den verschiedenartigen Constructionen des Compensationsrechtes zu den verschiedenartigsten praktischen Ergebnissen.

Die Theorie des Martinus und Tyndarus, nach welcher die Tilgung der Forderungen sine facto hominis schon dann Statt hat, wenn sie als compensable einander gegenübertreten, macht hier, wie auch sonst, die geringsten Schwierigkeiten. Denn wenn der Concursanspruch erst nach jenem Zeitpunkte entstand, in welchem die beiden Forderungen als compensable einander gegenübertraten, so gelten sie nach der genannten Theorie als schon in jenem Momente erloschen. Die Schuld an den Gemeinschuldner existirt seit jenem Momente der Coexistenz nicht mehr und kann also als Bestandtheil der Concursmasse gar nicht mehr in Frage kommen.[5]) Wenn jedoch der Concursanspruch bereits vor jenem Zeitpunkte der Coexistenz bestand, so ist eine Erlöschung der gegenseitigen Forderungen fürder unzulässig, sei es deshalb, weil in derselben eine Verletzung des Concursanspruches gelegen wäre, sei es deshalb, weil die nominell gleichwerthigen Forderungen nun materiell als nicht gleichwerthig angesehen werden müssen.

Ueber diese längst überwundene Theorie wollen wir hier kein Wort mehr verlieren, zumal da diese Construction der Compensation, wie wir oben bereits bemerkt haben, auch vom Standpunkte des österreichischen bürgerlichen Rechtes nicht aufrecht erhalten werden darf.

Jede andere Theorie dieses Institutes schliesst den Vollzug einer Compensation, die vor Entstehung des Concursanspruches

---

[5]) G. U. W. No. 765 und 1087. Ferner Ger. Zeit. 1853, S. 3; 1865, S 212.



möglich gewesen wäre, aber nicht erfolgt ist, nach der Entstehung des Concursanspruches aus. Denn jede andere Theorie sieht rücksichtlich der Zulässigkeit der Compensation auf den Zeitpunkt des Vollzuges. Fällt nun dieser in die Zeit nach der Concurseröffnung, so steht der Compensation immer der Mangel an Gleichwerthigkeit der Forderungen oder der Umstand entgegen, dass die Schuld an den Cridar — die Affection derselben durch die Forderung ist, wenn überhaupt vorhanden, u. E. jedenfalls schwächer als der Compensationsanspruch — zur gemeinsamen Concursmasse gezogen wurde.

Das Resultat unserer bisherigen sich an das Wesen des Concurses und an das Wesen des Compensationsgeschäftes anlehnenden Erörterungen ist somit lediglich ein negatives. Die Rechtsconsequenz bringt es, von positiven gesetzlichen Bestimmungen abgesehen, mit sich, dass Forderungen, deren Compensation vor Entstehung des Compensationsanspruches ohne Anstand hätte erfolgen können, aber nicht erfolgt ist, nach Entstehung des Concursanspruches bezw. nach Eröffnung des Concurses nicht compensirt werden können.[6])

Wie kommt es nun, dass fast alle Concursgesetzgebungen ganz andere Normen aufstellen, Normen, die dem Gesagten zufolge dem Wesen des Concurses und dem Wesen des Rechtsinstitutes der Compensation zuwiderlaufen?

Nicht zum geringsten Theile ist daran, namentlich bei den früheren Concursgesetzgebungen, die oben erwähnte unrichtige Compensationstheorie des Martinus und Tyndarus Schuld. Sie klingt auch noch im § 20 unserer C. O. nach, wo, wie bereits früher (§ 3) bemerkt, die Rede ist von „Forderungen, welche vermöge einer vor Eröffnung des Concurses eingetretenen Compensation gesetzlich als erloschen anzusehen sind.“

Hauptsächlich entscheidend aber für die legislative Behand-

[6]) Anders z. B. R. O. H. G. XVIII. No. 66. Richtig: Brinz und Seuffert in den Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern XV. S. 82, 99; Holzschuher Theorie und Casuistik III. Cap. 6, § 2 No. 1.



lung der Compensation im Concurse ist ein zweites Moment, von dem schon in einem anderen Zusammenhange (§ 2) die Rede war, ein Moment, das dem eigentlichen und ursprünglichen Wesen des Rechtsinstituts der Compensation ganz ferne liegt. Es ist dies der von früheren Concursgesetzgebungen unbewusst festgehaltene und von den Motiven der deutschen Reichs-Concursordnung unumwunden ausgesprochene Gedanke, dass das Compensationsrecht häufig im Leben und zwar insbesondere im Handelsverkehre in ähnlicher Weise als Deckung functionirt wie das Retentions- und das Pfandrecht. Die Möglichkeit zu compensiren, welche dem Gläubiger zustand, bevor der Concursanspruch existent wurde, soll ihm durch den Concursanspruch nicht entzogen werden.[7]) Diese Möglichkeit der Compensation soll sich vielmehr wegen des eingetretenen Vermögensverfalls auf Seiten des Schuldners aus Billigkeitsgründen zu einem unentziehbaren Rechte des Gläubigers auf Compensation condensiren, zu einem Rechte auf Berichtigung der Forderung durch die Schuld. Die aus dem Concursanspruche hervorgehende strenge Rechtsconsequenz erscheint hier mit Rücksicht auf die Billigkeit und die Anschauungen des Verkehrs durchbrochen: die Schuld an den Cridar wird dem Concursanspruche nicht unterworfen, sondern von der Concursmasse für den Gläubiger gleichsam abgesondert. Die Forderung erscheint demgemäss, soweit sie durch die Schuld an den Cridar gedeckt ist, als materiell gleichwerthig mit der letzteren.

---

[7]) Goldschmidt Handbuch des Handelsrechtes. 1. Band, 2. Abth. S. 873 und stellenweise.



## § 6.
## Die Forderung und die Schuld an den Gemeinschuldner sind vor der Concurseröffnung entstanden.

Während also das Entstehen des sog. Concursanspruches consequentermaszen die bis dahin vorhandene rechtliche Möglichkeit einer Compensation beseitigen möchte, wird diese Wirkung des Concursanspruches im modernen Concursrechte dadurch paralysirt, dafs die dem Gläubiger vor dem Concurse zustehende rechtliche Möglichkeit der Compensation im Concurse sich zu einem nicht mehr zu vereitelnden Rechte auf Compensation verstärkt. Der Gläubiger soll deshalb einen Schaden nicht erleiden, weil er es vor dem Concurse unterlassen hat, von der ihm zustehenden rechtlichen Möglichkeit der Compensation Gebrauch zu machen. Diese beiden sich durchkreuzenden Grundideen der Compensation im Concurse und ihr Verhältniss zu einander als Regel und Ausnahme müssen vor Augen gehalten werden, wenn es sich in einschlägigen Compensations-Processen um die richtige Vertheilung der Beweislast handelt. Ein Beispiel mag dies veranschaulichen.

Der Concursmasseverwalter klagt wider einen Gläubiger aus einer schon vor der Concurseröffnung entstandenen Schuld des Letzteren an den Cridar. Der Klageforderung setzt nun der Gläubiger seine Forderung compensando entgegen. Die Compensation ist in diesem Falle nach dem oben Gesagten nur dann zulässig, wenn die Forderung schon vor dem Concurse in der Person des Gläubigers entstanden war. Soll nun der Beklagte nachweisen müssen, dafs dies der Fall war, oder etwa der Kläger, dafs die Forderung erst in einem späteren Momente vom Gläubiger erworben worden ist? Wir möchten uns für die erste Alternative entscheiden[1]) und zwar aus folgenden

[1]) Ebenso die Entsch. des obersten Gerichtshofes vom 17. November 1871 Z. 7107. Ger. Halle 1872 S. 30. Vgl. auch G. U. W. No. 765 und Sammlung wichtiger Entsch. des kgl. bayr. Handelsappellationsgerichtes II. No. 77.

Gründen. Es ist zunächst Sache des Klägers, der Compensationseinrede des Geklagten replicando entgegenzusetzen, dafs die Compensation wegen des inzwischen entstandenen Concursanspruches bez. wegen der materiellen Ungleichartigkeit der nur nominell gleichartigen Forderungen unzulässig geworden sei. Auf das hin hätte der Geklagte darzuthun, dafs im vorliegenden Falle ausnahmsweise die regelmässige Wirkung des Concursanspruches deswegen elidirt sei, weil schon vor der Concurseröffnung die Möglichkeit der Compensation vorhanden war.

Es braucht kaum beigefügt zu werden, dafs eine Compensation auch in dem Falle unzulässig ist, wenn der Concursgläubiger die Forderung von einem Dritten nach der Concurseröffnung erworben hat. Denn auch in diesem Falle stand vor der Concurseröffnung dem Gläubiger die Möglichkeit einer Compensation noch nicht zu. Der Wortlaut des § 21 i. f. unserer C. O. beschränkt das Verbot der Compensation hier zwar auf den Fall des Erwerbes „im Wege der Abtretung." Allein das dieser Rechtsnorm zum Grunde liegende Princip nöthigt, über den Wortlaut des Gesetzes hinauszugehen und die Compensation im Concurse überhaupt auszuschliessen, wenn der Schuldner des Cridars erst nach der Eröffnung des Concurses eine Forderung gegen denselben erworben hat, welche schon vor der Eröffnung für einen anderen Gläubiger entstanden war.[2]) Auf den rechtspolitischen Werth dieses Verbotes werden wir unten (§ 9) noch zu sprechen kommen.

Von grosser praktischer Wichtigkeit ist es, den Zeitpunkt zu bestimmen, in welchem der Anspruch des einen Wechsel einlösenden Indossanten wider den Acceptanten und wider die Vormänner als entstanden anzusehen sei.

In der Lehre von der Compensation im Concurse sind

---

²) § 48 Z. 2 D. R. C. O.; vgl. auch § 97 Z. 2 Pr. C. O.

namentlich folgende zwei, übrigens nach gleichen Grundsätzen zu behandelnde Fälle von Interesse.

Erstens: Der Acceptant eines Wechsels ist in Concurs gerathen. Ein Schuldner des Cridars hatte den Wechsel noch vor der Concurseröffnung als Remittent oder durch Indossament erworben und noch vor der Concurseröffnung weiter begeben. Nach der Eröffnung des Concurses wird er genöthigt, den Wechsel im Regresswege einzulösen. Kann er seinen wechselrechtlichen Anspruch gegen den Cridar mit seiner Schuld zur Concursmasse compensiren?

Zweitens: Der Vormann eines Indossanten ist in Concurs gerathen. Der Indossant hatte den Wechsel noch vor der Concurseröffnung weiter begeben, dagegen nach derselben im Regresswege einlösen müssen. Kann derselbe seinen Regressanspruch wider den Cridar zur Tilgung seiner Schuld an denselben verwenden?

Die hier gestellten Fragen sind jedenfalls dann zu verneinen, wenn man annimmt, dass die fraglichen Regressansprüche erst in dem Momente der Einlösung des Wechsels, also nach der Concurseröffnung, entstanden sind; ob sie aber zu bejahen sind, wenn man sich zu der Anschauung bekennt, dass diese Ansprüche keine anderen sind, als diejenigen, welche der Indossant beziehungsweise Remittent zu jener Zeit hatte, als er den Wechsel weiter begab, und dass demselben schon vor der Concurseröffnung rechtlich wenigstens mittelbar die Möglichkeit zustand zu compensiren, ist wol zweifelhaft. Die Gerichte haben in dieser Frage bis in die jüngste Zeit stark hin und her geschwankt.[3])

---

[3]) Für die Verneinung z. B. Entsch. des preuss Obertribunals, Bd. VII. S. 91, Bd. XXXV. S. 204; R. O. H. G. XVII. No. 73 und No. 96; für die Bejahung dagegen: Striethorst Archiv, XXXIX. S. 136 f.; XLIII. S. 147 und LXXI. S. 303; dann Seuffert Archiv XXXIV. No. 258; Entsch. des preuss. Ober-Tribunals, LXXXI. S. 113 (auch Seuffert Arch. XXXV. No. 174); R. O. H. G. VII. S. 80 und XIX. S. 48, sowie die im Texte citirte



Erst die Plenarentscheidung des Leipziger Reichsoberhandelsgerichtes vom 21. Juni 1878 hat der Spruchpraxis die richtige Bahn gewiesen, indem sie die erste Anschauung verwarf und die letztere in eingehender Weise erörterte und begründete.

Es möge uns gestattet sein, aus den Motiven zu der genannten Plenarentscheidung das hieher Gehörige wörtlich mitzutheilen.

„Darüber herrscht in Theorie und Praxis Einverständniss, dass beim Umlaufe des Wechsels bis zur Fälligkeit jeder Indossatar durch das Indossament des legitimirten Vormannes Rechte gegen dessen Vormänner und den Acceptanten aus eigenem unmittellbaren Rechte, nicht durch Eintritt in die Rechte des Vormannes erwirbt.

Der Artikel 10 der allgemeinen Wechselordnung spricht demnach nicht aus, dass der Indossant durch das Indossament seine Rechte aus dem Wechsel an den Indossatar übertrage, sondern dass durch das Indossament alle Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar übergehen. Der Wechsel- beziehungsweise Begebungs-Vertrag zwischen dem Acceptanten beziehungsweise dem Indossanten und dessen mittelbaren Nachmännern wird vermittelt durch den Zwischenmann beziehungsweise die Zwischenmänner, welche den Wechsel übertragen; denn Acceptant und Indossant wollen jedem legitimirten Nehmer verpflichtet sein.

Allein für den übertragenden Zwischen- beziehungsweise Vormann war durch das Accept beziehungsweise die Erlangung des Wechsels mit ihn legitimirendem Indossamente ein Recht in seiner Person entstanden; dieses Recht ist durch seine weitere Indossirung nicht übergegangen. Es fragt sich, ob es unter-

---

Entsch. R. O. H. G. XXIV. No. 1. In der Litteratur vertreten die erste Ansicht z. B. Heise und Cropp Abhandlungen Bd. II. S. 7, 8; Eck in Behrends Zeitsch. Bd. III. S. 134—136; die zweite Dernburg Compensation S. 436, Löwy in der preuss. Anwaltszeitung I. S. 116; Thöl Wechselrecht 3. Aufl. S. 510, 511 und Note 28; Renaud in seinem Lehrbuch des Wechselrechtes S. 90 und im Archiv für Wechselrecht Bd. VIII. S. 331.

gegangen ist, weil durch die weitere Indossirung ein neues Recht in der Person des Nachmannes entstanden.

Wer dies annimmt, muss den Anspruch des Indossatars, der den weiter begebenen Wechsel bei Rückläufigkeit wieder einlöst, gegen Vormänner und Acceptanten entweder auf einen Eintritt in die Rechte des letzten Inhabers zur Zeit der Fälligkeit (in die diesem unmittelbar durch Nehmen des Wechsels entstandenen) mittelst der Einlösung, oder auf eine besondere gesetzliche Vorschrift, welche der Einlösung des im Wechselverbande Stehenden, und zwar nicht auf Grund des Indossamentes, welches dieser selbst beim Umlaufe erhalten, sondern desjenigen, das er mit Einlösungspflicht ertheilt, Regressrechte gegen die Vormänner und Rechte gegen den Acceptanten verliehe, gründen . . . . .

Keine von beiden Constructionen ist mit der eigenthümlichen Natur, welche der Wechselanspruch in der Hand des einlösenden Indossanten hat, verträglich.

Zunächst steht der ersten Annahme entgegen, dass das Recht, welches der beim Inhaber im Regresswege einlösende Indossant gegen Vormänner und Acceptanten geltend macht, nicht blosz einen vergrösserten Umfang, sondern einen anderen Inhalt hat, als das Recht des Inhabers zur Zeit der Fälligkeit selbst gegen dieselben Personen, und dass eine gleiche Verschiedenheit zwischen dem Rechte des einen im Regresswege einlösenden Indossanten und dem eines demnächstigen von diesem wieder einlösenden Vormannes denselben Wechselverpflichteten gegenüber besteht. Dies ergiebt sich aus dem Inhalte und der Bedeutung der Bestimmungen über Rückwechsel und Retourrechnung. Betrachtet man den regresspflichtigen Indossanten in seiner Stellung gegenüber dem Inhaber des Wechsels zur Verfallzeit, so ist seine Verpflichtung diesem gegenüber Garantie, dass ihm der Acceptant am Zahlungsorte zahlen werde. Es wird diesem daher mittelst der Regresssumme unter Abschneidung aller anderweitigen Entschädigungsforderungen

für das Entbehren des nicht erhaltenen Geldes vom Indossanten dasjenige gewährt, was er aufzuwenden hat, um sich am Zahlungsorte in den Besitz der ausgebliebenen Summe zu setzen. Deshalb bekommt er die Wechselsumme nach dem Course eines Sichtwechsels vom Zahlungsorte auf den Wohnort des gedachten Indossanten (vgl. Art. 50, 55 W. O.). Derselbe Indossant vergütet aber, wenn er nicht vom Inhaber des Wechsels bei der Fälligkeit, sondern von einem Vormanne desselben, der den Wechsel im Regresswege eingelöst hat, in Anspruch genommen wird, diesem sein Interesse, welches nicht in der Zahlung zur Verfallzeit am Zahlungsorte, sondern in dem Erhalten des Rembours für Alles, was er hat leisten müssen, an seinem Wohnorte besteht. Er erhält deshalb die gezahlten Beträge zum Sichtcourse seines Wohnortes auf den Wohnort des in Anspruch genommenen Indossanten (vgl. Art. 51 W. O.) . . . . .

In gleicher Weise ist die Verpflichtung des Acceptanten inhaltlich eine andere, je nachdem derselbe vom Inhaber des Wechsels zur Zeit der Fälligkeit oder von einem Vormanne desselben, der den Wechsel im Regresswege eingelöst hat, in Anspruch genommen wird. Dem Inhaber haftet der Acceptant auf Zahlung der Wechselsumme, dem einlösenden Vormanne auf Vergütung dessen, was dieser — je nach den soeben behandelten Fällen — hat zahlen müssen, weil er selbst nicht gezahlt hat (vgl. Art. 81 W. O.) . . . .

Insbesondere entscheidend steht aber der erstgedachten Construction entgegen, dass dem eingelöst habenden Indossanten gegenüber Einwendungen aus der Person des letzten Inhabers beziehungsweise derjenigen, bei denen er eingelöst hat, sofern nicht eine exceptio doli zu begründen ist, unzulässig sind, und beiden Constructionen, dass bei den gedachten Ansprüchen des Einlösenden alle Einwendungen aus dem beim Wechselumlauf durch das ihm ertheilt gewesene Indossament, beziehungsweise, wenn es der Trassant ist, durch das ihm ertheilte Accept mit ihm bethätigten Wechselbegebungs- beziehungsweise Acceptations-

acte, beziehungsweise den diesen Acten zum Grunde liegenden oder später in Bezug auf dieselben getroffenen Abreden in volle Kraft treten. Dass der einlösende Indossant seine Ansprüche auf Grund des ihm ertheilten Indossaments, dessen Rechtswirkungen für ihn beide Constructionen in Folge der Weiterbegebung für beseitigt erachten wollen, geltend macht, giebt auch der Art. 55 W. O. zu erkennen, indem er durch die Verleihung der Befugniss an den Einlösenden, sein und seiner Nachmänner Indossament auszustreichen, zum Ausdruck bringt, dass diejenigen nachfolgenden Begebungsacte, welche das dem Einlösenden selbst ertheilt gewesene Indossament in seiner Wirkung für dessen Person eingeschränkt hatten, nunmehr als wieder beseitigt zu erachten sind. Die Einlösung selbst ist kein Act, der für die Begründung des Anspruches einer besonderen Darlegung oder gar des Nachweises bedürfte, so dass man also auch nicht davon ausgehen kann, dass in ihm die rechtserzeugende Kraft liege. Das alte Indossament ist es, das in Rücksicht auf den vorhandenen Besitz des Wechsels und des Protestes auf Seiten des Einlösenden in die volle Wirksamkeit wieder eintritt, die es vor der Weiterindossirung hatte.

Was aber zunächst den Anspruch des einlösenden Indossanten gegen seine Vormänner anlangt, so ist die Fortexistenz des Forderungsrechtes in der Person des Indossanten auf Grund des ihm ertheilten Indossamentes, trotz seiner Weiterindossirung, an den Wiederbesitz des Wechsels nur als an eine, durch das im Art. 48 W. O. vorgesehene Einlösungsrecht nach Willkür des Indossanten zu verwirklichende Voraussetzung geknüpft, in der allgemeinen W. O. durch die Art. 79, 26, 29 geradezu anerkannt. Nach Art. 79 beginnt die Klageverjährung für den Regressanspruch des einlösenden Indossanten gegen seine Vormänner mit Behändigung der gegen ihn vom Nachmann auf Einlösung gerichteten Klage, — sofern er nicht vor Anstellung einer Klage gezahlt hat. Wäre der Anspruch des Einlösenden Eintritt in die Rechte des letzten

Inhabers, so könnte es gegen eine nnd dieselbe regresspflichtige Person, gleichviel ob der Inhaber zur Zeit der Fälligkeit oder ein Vormann desselben, der von ihm eingelöst hat, den Anspruch verfolgt, nur eine Verjährung, beginnend mit der Fälligkeit des Wechsels, geben. Wirkte die Thatsache der Einlösung für den Regressanspruch des Einlösenden rechtserzeugend, so könnte die Verjährung für den Regressanspruch jedes Einlösenden erst mit seiner Einlösung beginnen.

Nach Art. 26, 29 W. O. ist jeder Indossatar, auch wenn er den Wechsel weiter begeben hat und auch wenn gegen ihn selbst Regress Mangels Annahme oder wegen Unsicherheit des Acceptanten nicht genommen wird, befugt, von seinen Vormännern Sicherheitsbestellung wegen der nicht erhaltenen Annahme oder Unsicherheit des Acceptanten zu fordern. Der blosse Besitz des Protestes legitimirt zu diesen Forderungen.

Aus dem Grunde, dass ähnliche Bestimmungen für die Stellung des Indossanten, der den Wechsel begiebt, beziehungsweise wieder einlöst, dem Acceptanten gegenüber nicht gelten — die Wechselverjährung ist nach Art. 77 ihm gegenüber eine und dieselbe, vom Verfalltage des Wechsels ab laufende, gleichviel wer der Wechselgäubiger, und Sicherheitsbestellung vom Acceptanten kann nur der Wechselinhaber, also nicht der Indossant, der den Wechsel weiter begeben hat, sofern er diesen nicht wieder in Händen hat, fordern (vgl. Art. 29 W. O.), — ist nicht argumento e contrario eine abweichende Behandlung des Verhältnisses des einlösenden Indossanten dem Acceptanten gegenüber zu folgern, ebenso wenig aus einer Verschiedenheit des rechtlichen Inhaltes einer Accepterklärung und der in der Trassirung beziehungsweise dem Indossamente zu findenden Garantieerklärung.

Wird das Recht aus dem Accept von jedem Wechselgläubiger im Wechselumlauf unmittelbar erworben, und hatte es derjenige, der den Wechsel weiter indossirt, doch bereits für seine Person erworben, so sind hier die gleichen Gesichtspunkte

wie beim Erwerb der Rechte aus dem Wechselregressversprechen maassgebend. Einen besonderen Beleg aber findet diese Auffassung in Betreff des Verhältnisses zum Acceptanten auch noch durch den Art. 23 W. O. und seine Entstehung. Die Bestimmung dieses Artikels: „Auch dem Aussteller haftet der Bezogene aus dem Accepte wechselmässig" hat . . . . die bestrittene Frage, ob auch der Trassant eines Wechsels mit benanntem Remittenten, wenn er den Wechsel eingelöst hat, Wechselrechte gegen den Acceptanten geltend machen kann, im bejahenden Sinne entscheiden sollen. Beruhte das Recht des einlösenden Vormannes gegen den Acceptanten auf einem Eintritt in die Rechte des Nachmannes oder auf der Einlösung, so hätte die Streitfrage gar nicht entstehen können und jene Bestimmung wäre überflüssig gewesen. Gerade weil die Auffassung eine übereinstimmende war, dass der im Rücklaufe Einlösende seine Rechte lediglich aus derjenigen Stellung im Wechselnexus, in die er getreten war, ehe der Wechsel in weitere Circulation trat, geltend machte, entstand der Zweifel, ob der Trassant, da ja der Acceptant bei benanntem Remittenten sich nicht an den Trassanten, sondern an den Remittenten oder dessen Nachfolger zu zahlen verpflichte, bei Einlösung Wechselrechte gegen den Acceptanten habe. Der Art. 23 spricht daher in Bethätigung jener übereinstimmenden Auffassung aus, in der Acceptation liege ein wechselmässiges Versprechen auch dem Trassanten gegenüber und dieser könne daher bei Einlösung des Wechsels aus diesem ihm geleisteten Versprechen vom Acceptanten Zahlung für sich fordern. Das Accept wird dem Trassanten und allen Wechselnehmern geleistet, und Jeder hat in Voraussetzung des Besitzes des Wechsels eine besondere Forderung gegen den Acceptanten. . . .

Acceptant wie Indossant verpflichten sich allen Nehmern des Wechsels, und zwar Jedem nicht bloss in Voraussetzung, dass er Inhaber zur Zeit der Fälligkeit, sondern überhaupt in der Voraussetzung des Besitzes des Wechsels, also auch in der

der Wiedererlangung im Regresswege bei erfolgter Weiterbegebung, der Acceptant auch dem Trassanten und Remittenten. Durch weiteres Indossament wird die Entstehung der gleichen Rechte in der Person des neuen Nehmers vermittelt. Der Indossirende büsst hiedurch die Fähigkeit, Inhaber zur Zeit der Fälligkeit zu sein, als eine ihm auf Grund des für ihn entstandenen Wechselrechtes erwachsene, ein. Dagegen verliert er im Uebrigen das für ihn als Nehmer entstandene Gläubigerrecht nicht. Demnach geht jeder Indossant soviel Obligationen ein, als Personen als Berechtigte in den Wechselverband nach ihm während des Wechselumlaufes eintreten, der Acceptant Obligationen gegen den Trassanten, den Remittenten und jeden Indossatar. Alle diese einem Zwecke dienenden Obligationen einer und derselben Person stehen derartig mit einander in Verbindung, dass die Tilgung einer dieser Obligationen Seitens des Verpflichteten unter Empfang des Wechsels die übrigen erledigt.

Der Einwand, dasjenige, was bei Weiterbegebung des Wechsels beim Begebenden dem Wechselverpflichteten gegenüber zurückbleibe, sei nur ein Obligationsverhältniss als Quelle möglicher Ansprüche, welches in wahre Schuld erst durch den Wiedererwerb umgewandelt werde, trifft nicht zu. Wer den Wechsel erworben hatte, war zu dieser Zeit Gläubiger geworden, und indem er durch Weiterbegebung sich des Mittels der Geltendmachung seines Forderungsrechtes nur unter dem von seinen Schuldnern im Voraus gebilligten und, wenn bethätigt, unter deren Billigung die weiteren Begebungen erlöschen machenden (Art. 55) Vorbehalt des Wiedererwerbes entäusserte, hat er nur die Geltendmachung seines Forderungsrechtes von einer Voraussetzung . . . . abhängig gemacht.“

Zur Zeit vor der Eröffnung des Concurses bestand also die Forderung des Concursgläubigers zu Recht, allein sie konnte so lange nicht geltend gemacht werden, als derselbe den Wechsel nicht einlöste. So viel ist also sicher, dass man von dieser Wechselforderung nicht behaupten kann, dass sie „erst nach der

Concurseröffnung entstanden oder erst nach dieser im Wege der Abtretung von einem Dritten erworben worden ist" (§ 21 Ö. C. O.).

Es liegt nahe, zu sagen, die Compensation sei auf Grund eines argumentum a contrario aus dem genannten Paragraphen der Ö. C. O. zulässig.

Wir halten jedoch diese Argumentation für verfehlt und fragen vor Allem, ob sie sich vereinbaren lasse mit dem unserer Concursordnung mit zum Grunde liegenden Principe, dass die Compensation im Concurse Compensabilität vor der Concurseröffnung voraussetzt. Man könnte sagen: Die Forderung war vor der fraglichen Einlösung unbedingt nicht compensabel, denn wenngleich in der Zeit vor der Concurseröffnung dem Gläubiger in jedem Momente die Möglichkeit offen stand, das Hinderniss zu beseitigen und durch die Einlösung des Wechsels seiner Forderung die Fähigkeit zu verschaffen, geltend gemacht und zur Compensation gebracht zu werden, so hat er doch von dieser Facultät keinen Gebrauch gemacht und muss nun die Folgen seiner Unterlassung tragen.

Andererseits könnte man wieder sagen: Die Ö. C. O. hält es nicht für unverträglich mit dem genannten Principe, die Compensation, wie wir unten (§ 13 dieser Abhandlung) sehen werden, zuzulassen, wenn dem Schuldner des Cridars gegen denselben vor der Concurseröffnuug nur eine betagte Forderung zustand. Genügt nun eine Forderung, die sonst erst durch Zeitablauf zur Compensation hätte heranreifen können, so muss um so eher eine Forderung genügen, die der Inhaber durch eine willkürliche Handlung und sofort compensabel machen kann mit seiner Schuld.

Die letzte Reflexion führt jedenfalls zu einem befriedigenderen Resultate.

---

## § 7.
## Die Forderung und die Schuld sind nach der Concurseröffnung entstanden.

In den vorhergehenden Paragraphen wurde auseinandergesetzt, dass sich nur die vor dem Concurse bereits vorhandene rechtliche Möglichkeit der Compensation im Concurse zu einem unentziehbaren Rechte des Concursgläubigers auf Compensation verstärkt, während sonst die im Concurse zusammentreffenden wechselseitigen Forderungen des Cridars und eines Dritten aus dem Grunde zur Compensation nach ihren Nominalbeträgen nicht verwendet werden dürfen, weil die Schuld an den Cridar regelmässig dem sog. Concursanspruche unterworfen ist.

Durch Combination ergeben sich drei Fälle, in denen sämmtlich die Sache so liegt, dass von einer Compensabilität der wechselseitigen Forderungen vor dem Concurse nicht gesprochen werden kann. Erstens: Sowohl die Forderung des Gläubigers als auch die Schuld desselben an den Cridar ist erst nach der Concurseröffnung entstanden. Zweitens: Die Forderung ist vor, die Schuld nach der Concurseröffnung entstanden. Und drittens: Die Forderung ist nach, die Schuld vor dem Concurse entstanden.

Die principielle Unstatthaftigkeit der Compensation in diesen drei Fällen soll nun im Folgenden beleuchtet und näher begründet werden. Und zwar beschäftigen wir uns mit dem ersten Falle in diesem, mit den beiden anderen in den folgenden Paragraphen dieser Abhandlung.

Wir sagten soeben, dass die Compensation in den gedachten Fällen an dem Umstande scheitert, dass das aes alienum Bestandtheil der Concursmasse ist.

Das gilt im österreichischen Concursrechte in gleicher Weise für alle drei Fälle. Denn nach unserer Concursordnung wird ähnlich wie nach der preussischen auch das Vermögen, welches dem Cridar während der Dauer des Concurses zufällt, zur

Concursmasse gezogen. (§ 1 Ö. C. O.) Es unterliegen daher nach österreichischem Rechte auch die Forderungen, welche dem Cridar erst nach der Concurseröffnung „zufallen", dem Concursanspruche. Wenn Kaserer[1] — übrigens im Widerspruche mit Kissling[2] — aus dem Worte „zufällt" folgert, dass nur Schenkungen, Glücksfälle, Erbschaften zum Concurs zu ziehen seien, dagegen der Erwerb des Gemeinschuldners im Allgemeinen von demselben ausgeschlossen sei, so scheint uns dies de lege lata nicht gerechtfertigt. Aus der Bestimmung des § 5 Ö.C.O.: „Dem Gemeinschuldner ist Dasjenige zu überlassen, was er durch eigenen Fleiss erwirbt, soweit es zum Unterhalte für ihn und für Personen, denen ihm gegenüber ein gesetzlicher Anspruch auf Unterhalt zusteht, erforderlich ist," folgt argumento e contrario, dass der Erwerb, soweit er nicht zu solchem Unterhalte erforderlich ist, allerdings zur Concursmasse gehört.[3] Nach der D. R. C. O. § 1 dagegen umfasst das Concursverfahren nur das gesammte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört.[4] Nur der Niessbrauch, welcher dem Gemeinschuldner während der Dauer des

---

[1]) Commentar zur öst. C. O. S. 31 und Ger. Zeit. 1869 No. 23.

[2]) Die öst. C. O. mit Commentar und Formularien. 2. Aufl, Seite 12.

[3]) Rüdorff in Behrend's Zeitsch. für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen IV. S. 354, 355. Der § 1 Pr. C. O. bestimmt in deutlicher Weise: „der Concurs erstreckt sich auf das gesammte der Execution unterliegende Vermögen, welches der Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Concurses besitzt, oder während der Dauer des Concurses erlangt." Dagegen Koch Die Pr. C. O. 2. Aufl. S. 24 f. Auch für das österreichische Recht gilt aber, was das preuss. Obertribunal in Berlin (Striethorst Arch. XLVII. S. 164) ausgesprochen hat, dass nämlich zur Concursmasse nur dasjenige während der Dauer des Concurses erlangte Vermögen gehört, welches ohne eine fortdauernde Gegenleistung auf den Gemeinschuldner gekommen ist, oder der reine Gewinn aus einem zweiseitigen Geschäfte.

[4]) Es ist daher unrichtig, wenn die Motive zur D. R. C. O. S. 1465 die nach der Eröffnung des Concursverfahrens entstandene Schuld schlechthin als Bestandtheil der Concursmasse erklären.

Verfahrens an dem Vermögen seiner Ehefrau oder seiner Kinder nach den Landesgesetzen zusteht, gehört zur Concursmasse. Das deutsche Concursrecht hat sich bei dieser Bestimmung von einem gewissen Billigkeitsgefühle leiten lassen. Die bisherigen Gläubiger sollen nur auf das bisher erworbene und nicht das künftige, die späteren Gläubiger nur auf das künftige und nicht auch auf das vor der Concurseröffnung vorhandene Vermögen pendente concursu greifen dürfen.

Eine nach der Concurseröffnung entstandene Forderung an den Cridar ist keine Concursforderung. Denn zum Begriffe der Concursforderung gehört, dass sie schon zur Zeit der Eröffnung des Concursprocesses begründet war. Da nur die Concursgläubiger kraft des Concursanspruches das Recht auf ausschliessliche Befriedigung aus der Concursmasse haben, so kann die Schuld des Dritten auf seine Forderung nur dann aufgerechnet werden, wenn sie nicht zur Concursmasse gezogen worden, sondern in der freien Verfügung des Cridars geblieben ist, was ja nach der D. R. C. O. regelmässig der Fall ist. Dann spielt sich aber das ganze Compensationsgeschäft ausserhalb des Concurses zwischen jenem neuen Gläubiger und dem Cridar selbst ab und man kann da eigentlich nicht von einer Compensation im Concurse sprechen.

Es giebt aber dennoch eine ganze Kategorie von nach der Concurseröffnung entstandenen Forderungen an den Cridar, die von der Befriedigung aus der Concursmasse nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern sogar auf diese Befriedigung beschränkt sind und bleiben. Das sind die Ansprüche der sog. Massegläubiger (§ 28—29 Ö. C. O.).

Diese Ansprüche sind nicht, wie man gewöhnlich zu sagen pflegt, Schulden der „Masse", welche ja gar kein Rechtssubject ist, sondern sie sind ebenfalls persönliche Verpflichtungen des Gemeinschuldners, entstanden aus den vom Concursmasseverwalter als dem gesetzlichen Vertreter des Cridars behufs Verwaltung und Verwerthung der Theilungsmasse vorgenom-

menen Rechtshandlungen; nur ist seine Haftungspflicht durch den Umfang seines zur Concursmasse gehörigen Vermögens begrenzt.[5])

Die Massegläubiger haben das Recht, aus der Concursmasse vor den Concursgläubigern und auf Kosten derselben und zwar ganz befriedigt zu werden. (§ 28 Ö. C. O.) Es steht daher Nichts im Wege, denselben auch die Compensation ihrer Forderungen mit dem zu gestatten, was sie in die Masse schuldig geworden sind. Nichts Anderes als dieses besagt der § 96 Z. 1 der Pr. C. O., welcher lautet:

„Die Compensation findet unter Voraussetzung der allgemeinen gesetzlichen Erfordernisse statt, wenn Jemand nach der Concurseröffnung Gläubiger und Schuldner der Masse geworden ist."

Freilich kann hier ein Bedenken nicht unterdrückt werden. Es ist ja möglich, dass die ganze Concursmasse nicht ausreicht, die sämmtlichen Massekosten und Masseschulden voll zu berichtigen. Die Ö. C. O. hat dieser Eventualität wenigstens in einem anderen Zusammenhange gedacht. (§ 29 Ö. C. O.) Bei einer derartigen Unzulänglichkeit der Masse kann allerdings in der Zulassung der Compensation zu Gunsten eines einzelnen Massegläubigers eine Benachtheiligung anderer gelegen sein, eine Benachtheiligung, die, wenn sie geschehen, unseres Erachtens ebensowenig behoben werden kann, als an die Massegläubiger bereits geleistete Zahlungen zurückgefordert werden dürfen. (§ 29 i. f. Ö. C. O.) Doch kann aus dieser Eventualität, die sich der Gesetzgeber offenbar so selten vorkommend dachte, dass er sie in manchen Beziehungen gar nicht in Betracht zog, ein Argument gegen die Zulässigkeit der Com-

[5]) Schultze Das Deutsche Concursrecht S. 47. Die aus solchen Rechtshandlungen des Concursmasseverwalters entstandenen Forderungen sind Forderungen des Gemeinschuldners, bilden jedoch einen Theil seines zur Concursmasse gehörigen Vermögens.



pensation solcher Forderungen im Concurse nicht herbeigeholt werden.

---

§ 8.

## Die Forderung ist vor, die Schuld nach der Concurseröffnung entstanden.

Hier handelt es sich um die Compensation einer bereits vor der Concurseröffnung entstandenen Forderung mit einer erst nach derselben begründeten Schuld des Concursgläubigers an den Gemeinschuldner.

Wir haben es hier also mit einer Concursforderung zu thun, mit einer jener Forderungen, die einen Anspruch auf ausschliessliche, einander beschränkende und lediglich im Concursverfahren zu realisirende Befriedigung aus der Theilungsmasse gewähren.

Eine nach der Eröffnung des Concurses entstandene Schuld an den Gemeinschuldner kann nach dem im vorhergehenden Paragraphen Gesagten entweder eine solche sein, die in die Concursmasse nachträglich einzubeziehen ist, — und das ist im österreichischen Rechte die Regel — oder aber eine solche, die zur Masse nicht gehört.[1])

Handelt es sich um eine nicht in die Masse gehörige Schuld, so kann der Concursgläubiger dieselbe zur Compensation aus dem Grunde nicht verwenden, weil er kraft seiner Eigenschaft als Concursgläubiger auf das sonstige von der Concursmasse unterschiedene Vermögen des Schuldners pendente concursu nicht greifen darf.

Eine andere Frage ist die, ob er zu dieser Compensation berechtigt wäre, wenn er seine Forderung im Concurse gar nicht angemeldet, oder wenn er die bereits geschehene Anmeldung wieder zurückgenommen hat. Unseres Erachtens ist

---

[1]) Vgl. § 97 Z. 1 i. f. Pr. C. O.

sie zu bejahen, da es jedem Gläubiger freisteht, auf den sog. Concursanspruch Verzicht zu leisten.

Handelt es sich um eine zur Concursmasse gehörige Schuld, so darf sie der Concursgläubiger aus dem Grunde zur Compensation nicht verwenden,[2]) weil er nach Eröffnung des Concurses einen Absonderungs- oder Deckungsanspruch auf einen Bestandtheil der Masse nicht mehr erlangen kann.[3]) (§. 11 Ö. C. O.) „Bei der Eröffnung bestand zwar die Forderung, zu einem Absonderungsanspruch fehlte aber dem Gläubiger der Besitz eines zur Masse gehörigen Absonderungsobjectes.“[4]) Es kann mithin, um einen in der gemeinrechtlichen Litteratur bestrittenen Fall zu erwähnen, der Concursgläubiger, welcher Sachen aus der Concursmasse angekauft hat, eine Aufrechnung seiner Forderung an den Cridar auf die Kaufgelderschuld nicht beanspruchen.[5])

Es ist selbstverständlich und daher kaum erwähnenswerth, dass die zur Masse gekommene Schuld des Concursgläubigers dann allerdings auf seine Concursforderung aufgerechnet werden darf, wenn das Concursverfahren soweit gediehen ist, dass die Höhe der auf die Forderung entfallenden Dividende mit Sicherheit entnommen werden kann. Doch gelangt hier die Forderung nicht mit ihrem Nominalbetrage, sondern nur bis zur Höhe der ermittelten Dividende zur Compensation.

---

[2]) § 48 Z. 1 D. R. C. O.; § 97 Z. 1 Pr. C. O. Striethorst Arch. XV. No. 57.

[3]) Unrichtig ist daher die Entch. Ger. Zeit. 1852 S. 198.

[4]) Motive zur D. R. C. O. S. 1466. Vgl. auch die Entsch. des (deutschen) Reichsgerichtes vom 4. Mai 1880, mitgetheilt in den Entsch. des Reichsgerichtes in Civilsachen. 1. Band S. 347 f.

[5]) Vgl. Sammlung wichtiger Entscheidungen des kgl. bayr. Handelsoberappellationsgerichtes, I. Band 1868 No. 118 und Seuffert Archiv XXII. No. 103.

## § 9.
## Die Forderung ist nach, die Schuld vor der Concurseröffnung entstanden.

Dieser Fall ist in unserer Concursordnung ausdrücklich geregelt. Der § 21 derselben sagt nämlich: „Wenn Jemand dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Concurses Etwas schuldig war, so findet die Compensation mit einer Gegenforderung an den Gemeinschuldner nicht Statt, wenn die Gegenforderung erst nach der Concurseröffnung entstanden oder erst nach dieser im Wege der Abtretung von einem Dritten erworben worden ist.“[1])

Die hier in Frage kommende Schuld an den Gemeinschuldner kann entweder eine solche sein, die zur Concursmasse gezogen wird, oder eine solche, die zur Concursmasse nicht gezogen wird.

Die hier in Frage kommende Forderung des Schuldners an den Gemeinschuldner kann entweder eine sog. Masseforderung sein, oder sie kann eine Forderung sein, welcher die Qualification als Masseforderung abgeht. Keinesfalls kann sie, weil erst nach der Concurseröffnung entstanden, eine eigentliche Concursforderung sein.

Ist nun die vor der Concurseröffnung entstandene Schuld ein Bestandtheil der Masse geworden, dann ist sie zur Compensation nur geeignet mit einer Masseforderung des Schuldners. Dagegen ist sie nicht geeignet zur Compensation mit einer erst nach der Concurseröffnung entstandenen Forderung, wenn dieser das Vorzugsrecht einer Masseforderung abgeht. Denn die Schuld unterliegt als Bestandtheil der Concursmasse dem Concursanspruche und dient daher, von den Massegläubigern ab-

---

[1]) § 48 Z. 2 D. R. C. O.; § 97 Z. 2 Pr. C. O. Gegen die Ausschliessung der Compensation im zweiten Falle des im Texte citirten Paragraphen erklärt sich mit Unrecht der Aufsatz „Ein verunglückter Paragraph der neuen C. O.“ in der Zeitsch. für das Notariat 1869 S. 68 und 83. Vgl. auch Benoni daselbst S. 70.



gesehen, lediglich zur Befriedigung der Concursgläubiger mit Ausschluss der übrigen Gläubiger des Cridars. Ist die vor der Concurseröffnung entstandene Schuld ein Bestandtheil der Concursmasse nicht geworden, so ist sie zur Compensation nicht geeignet mit einer später entstandenen Masseforderung des Schuldners. Es ist eben den Masseforderungen eigenthümlich, dass der Gemeinschuldner für dieselben lediglich quoad massam, also nicht mit seinem sonstigen, ihm verbliebenen oder ihm später zugekommenen Vermögen, haftet. Wol aber ist eine solche Schuld geeignet zur Compensation mit einer nach Eröffnung des Concurses entstandenen und nicht mit den Vorzügen einer Masseforderung ausgestatteten Forderung des Schuldners. Doch handelt es sich hier eigentlich nicht um eine Compensation im Concurse.

Der Eingangs citirte Paragraph unserer C. O. findet für nothwendig, ausdrücklich zu betonen, dass die Compensation einer vor der Eröffnung des Concurses entstandenen Schuld unzulässig sei selbst mit einer Forderung, die objectiv schon vor der Eröffnung des Concurses begründet, die aber vom Schuldner erst nach dieser im Wege der Abtretung von einem Dritten erworben worden war. Man behauptet in der Regel, der Ausschluss der Compensation auch in diesen Fällen sei lediglich positive Satzung, hervorgerufen durch die schlimmen Erfahrungen, die man zu einer Zeit machte, wo eine ähnliche ausdrückliche Rechtsnorm noch nicht bestand. So lange nämlich in derartigen Fällen die Compensation von den Gerichten zugelassen wurde, hatte der Schuldner des Cridars ein bequemes Mittel, sich der Zahlung der ganzen Schuld zu entziehen. Er liess sich einfach von einem Concursgläubiger dessen im Werthe gesunkene Concursforderung, und zwar regelmässig gegen ein höchst geringes Entgeld, — entwerthete Forderungen werden ja verschleudert — abtreten und tilgte mit derselben seine Schuld im Wege der Compensation. Solche Manipulationen mussten natürlich zu Ausplünderungen der Concursmassen führen,

denen auf diese Weise ein grosser Theil dessen entzogen wurde, was Dritte in dieselben schuldig waren.[2])

Das deutsche Handelsgesetzbuch hat eine ähnliche Gefahr vor Augen gehabt, als es im Art. 313 das kaufmännische Retentionsrecht dem Kaufmanne nur wegen solcher Forderungen einräumte, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, also nicht wegen solcher Forderungen, die er erst im Wege der Abtretung von einem Dritten erworben hat.

Unser Rechtssatz ist aber nicht bloss ein Ausdruck der Rechtspolitik, sondern juristische Consequenz.

Forderung und Schuld waren vor der Concurseröffnung bez. vor dem nach der Concurseröffnung erfolgten Rechtsübergange aus dem Grunde nicht compensabel, weil ihnen das Requisit der Gegenseitigkeit abgieng. Der frühere Inhaber der Forderung konnte daher durch den Concurs nicht ein Compensationsrecht als Deckung für dieselbe erlangen. Der neue Erwerber ist aber auch nicht in der Lage, seine Schuld an den Cridar als Deckung für die Forderung zu verwenden. Denn nach der Concurseröffnung kann auf das in die Concursmasse gehörige Vermögen ein Deckungsrecht nicht mehr erworben werden (§ 11 Ö. C. O.).[3]) Dabei kommt Nichts darauf an, ob der Erwerber bei dem Erwerbe die stattgehabte Eröffnung des Concurses gekannt habe oder nicht.[4])

---

[2]) Kaserer Commentar S. 52. Vgl. auch Regelsberger im Archiv für civ. Praxis LXIII. S. 198. Nach der lex Anastasiana kann der Cessionar, der es durch Kauf geworden, allerdings nur diejenige Summe eintreiben, die er als Preis für die Abtretung der Forderung gezahlt hat. Allein das öst. Recht kennt diese Schranke nicht. (§ 1394 allgem. bürgl. Gb. und Art. 299 H. G. B.)

[3]) Seuffert XXIX. No. 290; XIV. No. 220; XI. No. 105; Schletter's Jahrbücher VI. S. 215; Sammlung wichtiger Entsch. des kgl. bayr. Handelsappellationsgerichtes II. No. 77 und No. 187.

[4]) Motive zur D. R. C. O. S. 1466; Sammlung wichtiger Entsch. des kgl. bayr. Handelsappellationsgerichtes II. No. 187.



Das Gesetz (§ 21 Ö.C.O.) scheint bei der Aufstellnng des in Rede stehenden Verbotes nur die Gefahr einer Ausplünderung der Masse und nicht die juristischen Gründe desselben vor Augen gehabt zu haben. Daraus erklärt sich, dass in dem citirten Paragraphen nur von einem Erwerbe der Forderung „im Wege der Abtretung von einem Dritten“ die Rede ist. Und dennoch passen die eben ausgeführten Gründe ebenso nothwendig auf jeden wie immer gearteten Uebergang der Forderung. Eines besondern Nachweises bedarf dies kaum bezüglich der übrigen Fälle der Singularsuccession, z. B. jener im Wege eines Legates. Allein selbst bei dem Erwerbe im Wege der Universalsuccession muss das Verbot Platz greifen. Denn auch der Erbe kann für eine Forderung des Erblassers nach der Eröffnung des Concurses ein Deckungsrecht an einem zur Masse gehörigen Gegenstande nicht mehr erwerben.[5])

---

## § 10.
## Die Compensabilität in der Zeit nach Entstehung des Concursanspruches und vor Eröffnung des Verfahrens.

Das decretum de aperiundo concursu hat lediglich declaratorische Bedeutung. Durch dasselbe wird nicht erst der Concursanspruch erzeugt, sondern nur constatirt, dass die Voraussetzungen des Concursanspruches eingetreten seien. Der Zeitpunkt der Entstehung des Concursanspruches fällt mit dem Momente der Concurseröffnung keineswegs zusammen. Es liegt ein Zeitraum in der Mitte, welcher sich in einzelnen Fällen nicht bloss auf Tage, sondern nicht selten sogar auf viele Monate erstreckt.

Die Modificationen des Compensationsrechtes im Concurse sind nicht eigentlich Wirkungen der Concurseröffnung, sondern Wirkungen des Concursanspruches. Nach österreichischem Rechte

---

[5]) Motive zur D. R. C. O. a. a. O.

wird jedoch fast ausnahmslos angenommen, dass der Concursanspruch erst im Momente der Concurseröffnung oder genauer gesagt mit dem Beginne desjenigen Tages entsteht, in dessen Laufe bei dem Concursgerichte die Anschlagung des Concursedictes an das Gerichtshaus stattgefunden hat (§ 2 Ö.C.O.), und es erscheinen daher die Modificationen des Compensationsrechtes im Concurse formell als Wirkungen der Concurseröffnung. Selbstverständlich ist dieser Gedankengang unserer Gesetzgebung ein ungenauer und unrichtiger. Für die Zulässigkeit der Compensation im Concurse sollte eigentlich nicht der Umstand maassgebend sein, dass eine Compensation vor Eröffnung des Concurses, sondern vielmehr der Umstand, dass eine Compensation vor Entstehung des Concursanspruches möglich war. Mit anderen Worten, eine Compensation im Concurse sollte nicht aus dem Grunde für zulässig erklärt werden, weil sie etwa in der kritischen Zeit zwischen der factischen Entstehung des Concursanspruches und der Concurseröffnung und nicht schon vorher möglich war.

Dies bedarf wohl kaum eines näheren Nachweises. Denn, wenn der Dritte vor Entstehung des Concursanspruches dem Gemeinschuldner Etwas schuldig war und nach diesem Momente eine Forderung erwirbt, so läge in der Zulassung der Compensation eine Verletzung des Concursanspruches, weil die Schuld nunmehr für die gemeinschaftliche Befriedigung aller Gläubiger und nicht dieses Einen allein bestimmt ist. Und wenn der Dritte vor der Entstehung des Concursanspruches eine Forderung an den Gemeinschuldner hatte und nach diesem Momente mit dem Gemeinschuldner ein Geschäft abschloss, aus welchem er Schuldner des Gemeinschuldners geworden, so läge in der Zulassung der Compensation aus dem Grunde eine Verletzung der par conditio creditorum, weil hier dieser Gläubiger anstatt, wie die anderen, cridamässig befriedigt zu werden, eine Deckung erlangen würde. Mit Recht bemerken die Motive zur deutschen Reichs-Concursordnung (S. 1466), dass in solchen in der kritischen Zeit vor der formellen Concurs-

eröffnung vollzogenen Compensationen die schlimmsten Missbräuche enthalten sein können. Einmal insofern, als sich dritte Personen selbst und ohne Zuthun des Gemeinschuldners auf Kosten der Concursgläubiger Vortheile zuwenden. Erfahrungsmässig sinken nämlich, sobald nur irgendwie ein Vermögensverfall des Gemeinschuldners in der Verkehrswelt gemuthmasst wird, die Forderungen an den Gemeinschuldner im Werthe. „Zu wohlfeilen Preisen erwerben sie die Schuldner desselben und entledigen, indem sie die Forderungen zum vollen Betrage aufrechnen, sich bequem ihrer Schuld zum Nachtheile der Masse;[1]) oder sie gewähren einzelnen Gläubigern, deren Forderungen sie übernehmen, unter Gegendiensten Vollzahlung oder einen Antheil an ihrem Gewinn." Und zweitens insofern, als der Gemeinschuldner selbst einzelnen Gläubigern[2]) oder auch Schuldnern durch mit ihnen abgeschlossene Rechtsgeschäfte ein Compensationsrecht verschafft und ihnen dadurch auf Kosten der Berechtigten widerrechtlich eine Deckung zuwendet.

Die Gesetzgebung kann solchen Missbräuchen auf das Wirksamste dadurch steuern, dass sie den Gläubigern das Recht giebt, solche Rechtshandlungen des Gemeinschuldners oder dritter Personen und somit auch die auf ihrer Grundlage vollzogenen Compensationen als für die Gläubiger unwirksam anzufechten.

Diesen Weg hat denn auch die deutsche Reichs-Concursordnung nach dem Muster der Pr. C. O. eingeschlagen, natürlich aber mit der durch die Rücksicht auf den Verkehr gebotenen Einschränkung, dass sie die Anfechtung nur in dem Falle zulässt, wenn dem Dritten die eingetretene Insolvenz des Gemeinschuldners unbekannt war. Die Zahlungseinstellung und der Concursantrag sind nach der deutschen Reichs-Concursordnung die äusseren Thatsachen, in denen der Concursanspruch in's Leben tritt. Im Grossen und Ganzen haben nach der

---

[1]) Seuffert X. No. 2.

[2]) Vgl. z. B. R. O. H. G. X. No. 44.

deutschen Reichs - Concursoıdnung auf die in Rede stehenden Acte jene Rechtsregeln Anwendung, welche im Allgemeinen die Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners aus der Zeit vor der Eröffnung des Concurses normiren. So z. B. kommt der § 23 Z. 2 D. R. C. O. zur Anwendung, wenn der Fall so liegt, dass ein Concursgläubiger in jenem kritischen Zeitraume mit dem Gemeinschuldner ein Rechtsgeschäft abschloss, in Folge dessen er Schuldner des Cridars wurde. Das Gesetz erklärt nämlich an der angeführten Stelle für anfechtbar die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrag auf Concurseröffnung oder in den letzten 10 Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Concursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, sofern er nicht beweist, dass ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag, noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war.

Die allgemeinen Grundsätze über Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners können aber nicht Anwendung finden auf die Acte der Schuldner des Gemeinschuldners, durch welche sie sich ohne Zuthun desselben in widerrechtlicher Weise eine begünstigte Position verschaffen.

Daraus erklärt sich eine dem § 97 Z. 13 der Pr. C. O. nachgebildete Bestimmung im § 48 Z. 3 der D. R. C. O., welche eine Aufrechnung im Concurse für unzulässig erklärt, wenn Jemand vor der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner Etwas schuldig war und eine Forderung an den Gemeinschuldner durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers erworben hat, falls ihm zur Zeit des Erwerbes bekannt war, dass der Gemeinschuldner seine Zahlungen eingestellt hatte, oder dass die Eröffnung des Verfahrens beantragt war. Der citirte Paragraph erklärt überdies die Compensation auch

dann für unzulässig, wenn Jemand dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens Etwas schuldig war und eine Forderung an den Gemeinschuldner durch ein Rechtsgeschäft mit demselben erworben hat, falls ihm zur Zeit des Erwerbes bekannt war, dass der Gemeinschuldner seine Zahlungen eingestellt hatte, oder dass die Eröffnung des Verfahrens beantragt war — eine Bestimmung, die sich mit Rücksicht auf den § 23 Z. 1 D. R. C. O. als überflüssig darstellt.

Das österreichische Recht enthält für jene Fälle, wo der Schuldner des Cridars in dem kritischen Zeitraume durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat, keine gesetzliche Bestimmung, welche die Anfechtung der auf Grund dieser Acte vorgenommenen Compensation zuliesse. Es ist daher eine auf diese Art herbeigeführte Compensation im öst. Rechte unanfechtbar.

Und selbst Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche in die Zeit vor Eröffnung des Concurses fallen, können aus dem Grunde allein, weil sie den Concursanspruch verletzen, nach öst. Rechte nicht angefochten werden.

Bekanntlich enthält die österreichische Gesetzgebung in dieser Richtung eine erhebliche Lücke, die auszutüllen mehrere Male der Versuch gemacht wurde. Schon der am 8. Juli 1863 dem Abgeordnetenhause des Reichsrathes vorgelegte Entwurf einer Concursordnung enthielt in den §§ 34—39 Bestimmungen „In Ansehung der Anfechtung früherer Rechtshandlungen des Gemeinschuldners“, um „den Missbräuchen einen Damm zu setzen, durch die kurz vor dem Ausbruche des Concurses oft das Vermögen des Schuldners zum ausschliesslichen Vortheile einzelner wirklicher oder Scheingläubiger und zum grössten Schaden aller übrigen Berechtigten expilirt wird.“ In unserer jetzt geltenden Concursordnung findet sich davon nur die zu § 24 beibehaltene Ueberschrift; die Bestimmungen „in Ansehung der Anfechtung früherer Rechtshandlungen des Gemeinschuld-

ners" sind von dem zur Berathung des Entwurfes einer Concursordnung eingesetzten Ausschusse des Abgeordnetenhauses fallen gelassen worden. Der Bericht des Ausschusses vom Jahre 1863 erklärt, „dass in Oesterreich kein dringendes Bedürfniss vorhanden sei, bezüglich der anfechtbaren Geschäfte für den Fall des Concurses besondere Bestimmungen zu erlassen," da hiefür sowohl für den Fall des Concurses, als auch ausser demselben schon durch die Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes ausreichend gesorgt sei", — dass „die Schwierigkeiten, welche sich jedem legislativen Experimente auf diesem Gebiete entgegenstellen, von solcher Art sind, dass sie weit eher abwehrend, als ermunternd wirken" — und dass die einschlagenden Fragen „von den verschiedenen Gesetzgebungen, welche sie zu lösen unternahmen, nicht in einer solchen übereinstimmenden Weise beantwortet worden, dass man etwa nur zu entlehnen brauchte, was sie bereits geschaffen haben." Der Bericht des Ausschusses vom Jahre 1868 fügt bei, dass die Normirung der sog. anfechtbaren Rechtsgeschäfte „zu längeren Verhandlungen Anlass geben müsste, durch welche die so dringend nothwendige Einführung eines neuen Concursgesetzes abermals in Frage gestellt würde." [3]) So entstand der überdies auch noch ganz unglücklich[4]) stilisirte § 24 der Ö. C. O., der da lautet: „Inwiefern die von dem Gemeinschuldner vor der Concurseröffnung zum Nachtheile der Gläubiger unternommenen Rechtshandlungen wegen eines denselben zu Grunde liegenden hinterlistigen Einverständnisses als ungiltig angefochten oder Geschenke wegen Verkürzung der Gläubiger zurückgefordert werden können, ist nach den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes zu beurtheilen." [5])

---

[3]) Kaserer Commentar zur österr. Concursordnung S. 57 ff.

[4]) Nowack Ger. Zeit. 1868 No. 36 und No. 37. M. Frey Ger. Halle 1868 No. 99.

[5]) Kaserer a. a. O. S. 59 bemerkt trefflich, dass Ueberschrift und In-

Dass die kargen Rechtssätze des bürgerlichen Gesetzbuches auf diesem Gebiete den Anforderungen des Verkehrs nicht genügen, hat der Motivenbericht zu dem Entwurfe eines Gesetzes „über die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner“, welcher im Jahre 1875 auf Veranlassung des Justiz-Ministeriums veröffentlicht worden war, aber bisher zu einem praktischen Erfolge auf dem Gebiete der Gesetzgebung nicht geführt hat, in zutreffender Weise auseinandergesetzt.[6])

Eigentlich ist es nur der gegen übermässige Schenkungen des Schuldners gerichtete § 953 des allg. bgl. Gesetzbuches, welcher hier in Frage kommt.[7])

Eine nach diesem Paragraphen anfechtbare Compensation ergäbe sich in folgendem Falle. Der nachmalige Cridar hat seinem Schuldner ein Schenkungsversprechen gemacht. Der Schuldner compensirt die Forderung aus der Schenkung mit der Schuld. Hier haben die zur Zeit der Schenkung schon vorhandenen Gläubiger, falls sie durch die Schenkung verkürzt wurden, das Recht, die Schenkung und mit dieser die Compensation zu widerrufen. Gläubiger, deren Forderungen jünger sind, als die Schenkung, haben dieses Recht nur dann, wenn der Beschenkte eines hinterlistigen Einverständnisses überwiesen werden kann.

---

halt dieses Paragraphen zu einander in demselben Verhältnisse stehen, wie ein grosser Rahmen zu einem kleinen Bilde.

[6]) Ueber diesen (sog. Steinbach'schen) Entwurf D. Ullmann in den Mittheilungen des deutschen Juristenvereines in Prag. VIII. (1876) S. 1—49. Ueber den strafgerichtlichen Schutz der Gläubiger gegen fraudulose Rechtsgeschäfte nach dem gegenwärtigen Strafgesetzbuche und dem neuen Strafgesetzentwurfe Krall Fraudulose Rechtsgeschäfte. Wien 1879 (Separatabdruck aus der „Allgemeinen öst. Gerichtszeitung“). Ueber einen neuen zu gewärtigenden Entwurf Brabbée in der Zeitsch. für Notariat 1880. No. 25 bis 27.

[7]) Der Fall des Art. 259 H. G. B. kann für die Compensation im Concurse kaum in Betracht kommen.

## § 11.
## Einfluss eines im Auslande eröffneten Concurses auf die Compensabilität von Gegenforderungen des Schuldners des Cridars.

Der Fall, von welchem wir bei der Erörterung der hier einschlägigen Fragen ausgehen wollen, ist folgender. Ueber das Vermögen des A wird im Auslande der Concurs erkannt. B, ein Schuldner des A, wird im Inlande von dem ausländischen Concursmasseverwalter eingeklagt und beantragt vor dem inländischen Gerichte Compensation seiner Schuld an den Cridar mit einer Gegenforderung an denselben.

Vor Allem muss man sich darüber schlüssig werden, ob denn der Curator der ausländischen Masse legitimirt ist, die inländischen Forderungen des Cridars geltend zu machen.

Die Frage ist dann offenbar zu verneinen, wenn — was im Zweifel als Regel gilt — das Inland annimmt, dass sich der im Aulsande eröffnete Concurs auf das im Inlande belegene Vermögen des Cridars nicht erstrecke. Denn in diesem Falle ist dem ausländischen Cridar die Disposition über das im Inlande belegene Vermögen nicht entzogen und darf nur er persönlich und nicht der Concursmasseverwalter rücksichtlich dieses Vermögens processiren. Es bleibt hier den Gläubigern, inländischen wie ausländischen, nichts Anderes übrig, als die Eröffnung eines Specialconcurses über das inländische Vermögen nachzusuchen.[1])

Das österreichische Recht theilt diesen engherzigen Standpunkt nicht. Der im Auslande eröffnete Concurs ergreift regelmässig auch einen Theil des in Oesterreich gelegenen Vermögens des Gemeinschuldners. Denn nach dem § 61 Ö. C. O. ist, insofern nicht Staatsverträge[2]) oder besondere Verordnungen

---

[1]) v. Bar Das internationale Privat- und Strafrecht. S. 489.

[2]) Sie sind mitgetheilt in Starr Die Rechtshülfe in Oesterreich gegenüber dem Auslande, S. 66—75, und Vesque von Püttlingen Handbuch des in Oesterreich-Ungarn geltenden internationalen Privatrechtes, 2. Aufl. S. 488—499.

oder die Grundsätze der Gegenseitigkeit ein anderes Verfahren gegenüber einzelnen Staaten erheischen, das im Inlande befindliche bewegliche Vermögen eines ausländischen Gemeinschuldners der ausländischen Concursinstanz auf Verlangen auszufolgen. Die Concursverhandlung über das unbewegliche Vermögen ist den Gerichten des Staates, in welchem dasselbe liegt, vorbehalten. Es ist dies ein Correlat zu dem im § 59 Ö. C. O. enthaltenen Grundsatze, dass sich die bei der Concursinstanz eingeleitete Concursverhandlung über das gesammte, wo immer befindliche bewegliche, dann auf das in den Ländern, für welche die Concursordnung gilt, gelegene unbewegliche Vermögen des Gemeinschuldners erstreckt. Da nun Schuldforderungen, auch wenn sie auf unbeweglichen Gütern versichert sind, zu dem beweglichen Vermögen gerechnet werden,[3]) so hat die ausländische Concursmasseverwaltung zweifellos das Recht, den österreichischen Schuldner auf Zahlung zur Masse zu belangen.

Eine weitere höchst wichtige Frage ist die, nach dem Rechte welches Staates die Zulässigkeit der Compensation vom österreichischen Richter zu beurtheilen sei. Dies kann praktisch bedeutsam werden, wenn z. B. B seine Gegenforderung gegen den A erst zu einer Zeit im Wege der Cession oder sonst erwarb, wo schon gegen denselben materiell der Concursanspruch existent geworden war.

Theorie und Praxis haben die verschiedensten Antworten auf diese Frage gegeben. Bald soll das Recht des Ortes, wo der Concurs schwebt, bald das Recht des Ortes, wo der Schuldner des Cridars seinen Wohnsitz hat, bald das Recht des Ortes, wo der Process gegen ihn anhängig gemacht wird, und bald wiederum das Recht am Erfüllungsorte der Schuld das maassgebende sein.[4])

---

[3]) § 298, 299 allg. bgl. Gb.

[4]) Vgl. die in den Motiven zur D. R. C. O. S. 1467 Anm. 1 citirte Litteratur und Spruchpraxis.

Wenn wir unsere Auffassung der gerichtlichen Compensation als eines zwischen den Parteien und dem Processrichter sich vollziehenden Rechtsgeschäftes festhalten, so ergiebt sich die Entscheidung leicht. Die Frage, ob im vorliegenden Falle die Compensation zugelassen werden könne oder nicht, mit anderen Worten, ob die beiden einander gegenüberstehenden Forderungen compensabel seien oder nicht, richtet sich lediglich nach jenen, die Compensation betreffenden Rechtsnormen, die am Orte des Processgerichtes Geltung haben.

Bei der Verschiedenheit der Concursgesetzgebungen verschiedener Länder kann es leicht geschehen, dass eine Forderung an den Cridar, welche nach dem am Orte des Concurses geltenden Rechte zur Compensation nicht geeignet wäre, von einem in einem anderen Lande zu klagenden Schuldner mit Erfolg zur Compensation verwendet werden kann und umgekehrt.

Der an die Spitze dieses Paragraphen gestellte Rechtsfall giebt uns ein passendes Beispiel für diese Behauptung ab, wenn wir supponiren, dass der Concurs im Deutschen Reiche eröffnet, der Schuldner in Oesterreich verklagt worden sei und dass es sich handle um die Compensation seiner Schuld mit einer Concursforderung, welche der österreichische Schuldner zwar vor Eröffnung des Concursverfahrens, aber nach dem Eröffnungsantrage oder der Zahlungseinstellung für sich erworben hat.

Der österreichische Processrichter wird nach dem im vorhergehenden Paragraphen Ausgeführten die Compensation vollziehen müssen, obgleich dieselbe im Sinne des § 48 Z. 3 der D. R. C. O. wenigstens dann unzulässig wäre, wenn der österreichische Schuldner zur Zeit des Erwerbes wusste, dass der deutsche Gemeinschuldner seine Zahlungen eingestellt hatte oder dass die Eröffnung des Verfahrens beantragt war.

Die deutsche Reichs-Concursordnung hat ganz gut erkannt, dass die Rechtsverschiedenheit verschiedener Länder in diesem Punkte von einzelnen colludirenden Gläubigern und Schuldnern für frivole Umtriebe und Missbräuche ausgenützt werden könnte,

und daher diese Gefahren wenigstens einigermaassen dadurch zu vermindern gesucht, dass sie die an diesen Machinationen theilnehmenden und der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfenen Cedenten für regresspflichtig erklärt. Die §§ 49 und 42 D. R. C. O. ergeben im Zusammenhalte die Bestimmung, dass derjenige Concursgläubiger, welcher nach Eröffnung des Verfahrens oder mit Kenntniss des Eröffnungsantrages oder der Zahlungseinstellung seine Forderung mittelbar oder unmittelbar einem im Auslande wohnenden Schuldner des Cridars abtritt, verpflichtet sei, zur Concursmasse den Betrag zu ersetzen, welcher derselben durch die im Auslande entgegen dem § 48 D. R. C. O. vorgenommene Compensation entgangen ist.

Die Ö. C. O. enthält eine solche Vorschrift nicht. Sie wäre nach dem Stande unserer Gesetze auch ziemlich überflüssig. Denn es giebt nicht leicht eine Civilgesetzgebung in der ganzen civilisirten Welt, die den Umtrieben und Missbräuchen der Gläubiger eines zahlungsunfähig gewordenen Schuldners mit grösserer Indolenz gegenübersteht, als die unserige.

---

## II. Erweiterungen des Compensationsrechtes im Concurse.

### § 12.

### I. Compensabilität ungleichartiger Forderungen.

Die Compensation vollzieht sich durch eine Abrechnung. Eine Abrechnung lässt sich aber nur zwischen gleichartigen Grössen herstellen. (§ 1440 a. b. G. B.) Die Forderungen müssen nicht schon bei ihrer Entstehung aufrechenbar gewesen sein; es genügt, wenn sie erst durch spätere Umwandlung diese Qualität erhalten haben.

Forderungen gegen den Gemeinschuldner, die ursprünglich auf einen anderen Gegenstand, als auf Geld gerichtet waren, ver-

wandeln sich durch die Concurseröffnung in Geldforderungen, vorausgesetzt natürlich, dass sie sich überhaupt in solche umsetzen lassen.

Diese Wirkung tritt mit dem Momente der Concurseröffnung ein, und ergiebt sich aus dem Wesen des Concursverfahrens. Dasselbe ist nämlich nichts Anderes, als eine unter gerichtlicher Aufsicht und Einwirkung sich vollziehende allgemeine Liquidation des schuldnerischen Vermögens; ein Verfahren zur Versilberung der Concursmasse und zur Befriedigung der Gläubiger aus dem erzielten Nettoerlöse.[1] Daraus folgt, dass nur solche Forderungen im Concurse geltend gemacht werden können, die auf eine Befriedigung durch Geld entweder schon von Anfang an gerichtet waren oder die wenigstens in zweiter Linie eine Befriedigung durch Geld zulassen; und dass solche Ansprüche vom Concursprocesse ausgeschlossen sind, welche zum Gegenstande haben die Leistung oder Unterlassung einer individuellen, von der Person des Gemeinschuldners untrennbaren Handlung,

[1] Der Concursprocess gehört u. E. ebenso in das Gebiet der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie etwa die Verlassenschaftsabhandlung. Menger Archiv für civil. Praxis, Band LV. S. 413; Motive zur D. R. C. O. S. 9 f. Diese Anschauung bekämpft Schultze a. a. O. S. 136 f., welchem das Concursverfahren Civilprocess im eigentlichen Sinne des Wortes ist. Freilich hängt die Entscheidung dieser Frage von der Vorfrage ab, was man unter Civilprocess zu verstehen habe. Ohne hierauf an diesem Orte näher eingehen zu können, bemerken wir lediglich, dass Schultze Recht zu geben ist, wenn er aus dem Begriffe „Civilprocess" das Merkmal „Rechtsverletzung" eliminirt. Dieses Merkmal muss durch das weitergehende „Interesse an der Formalisirung concreten Rechtes" ersetzt werden. Auch ist weiter richtig, dass der Civilprocess nicht immer „Streit" um Recht sein müsse. Aber insofern kann man seinen Ausführungen nicht beipflichten, als er es unterlässt, in die Begriffsbestimmung ein Moment aufzunehmen, ohne welches ein Civilprocess nicht gedacht werden kann: das des Gegensatzes der beiden Parteienrollen. Niemand wird behaupten wollen, dass es Civilprocesse giebt, in denen nicht Kläger und Geklagter vorkommen. Man kann ein Verfahren nur dann Civilprocess nennen, wenn dessen Formen und Normen für diesen Gegensatz eingerichtet und berechnet sind. Und das gilt vom Concursverfahren im modernen Sinne nicht.

die weder einen Vermögenswerth darstellt, noch in Geld veranschlagt werden kann.[2])

Der Gläubiger, dem vor der Concurseröffnung eine auf etwas Anderes als auf Geld gerichtete Forderung gegen den Gemeinschuldner zustand, hatte für dieselbe nach den Grundsätzen des Civilrechtes nicht das Recht der Compensation mit jenem Geldbetrage, den er ihm schuldet. In dem Momente der Concurseröffnung wird seine Forderung zu einer Geldforderung; erlangt er nun das Recht zu compensiren?

Die Motive zur D. R. C. O. (S. 1465) bejahen[3]) diese Frage, als ob deren Bejahung schon nach allgemeinen Erwägungen selbstverständlich wäre. Und doch ist zu bedenken, dass wenn auch mit der Eröffnung des Concurses, resp. Entstehung des materiellen Concursanspruches, das Hinderniss der nominellen Ungleichartigkeit der Forderungen hinweggefallen ist, von diesem Momente an der Compensabilität ein neues Hinderniss entgegentritt, und zwar die durch den Vermögensverfall erzeugte materielle Ungleichartigkeit der Forderungen, bezw. die Thatsache, dass jetzt die Schuld als Bestandtheil der Concursmasse allen Concursgläubigern zur cridamässigen Befriedigung zu dienen bestimmt ist.

Es bedurfte darum einer ausdrücklichen Bestimmung in der D. R. C. O., welche diese Compensationsfigur im Concurse für zulässig erklärte. Sie ist in dem § 47 dieses Gesetzes enthalten, der festsetzt, dass die Aufrechnung dadurch nicht ausgeschlossen sei, dass zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens

---

[2]) Motive S. 1373. Z. B. Die Forderung aus dem Versprechen des Gemeinschuldners, er wolle ein mich in meinen Arbeiten störendes Clavierspielen unterlassen. Darüber, dass die Handlung, welche von dem Forderungsrechte geboten ist, nicht nothwendig einen Vermögenswerth für den Berechtigten haben müsse, vgl. Windscheid Lehrb. des Pandektenrechtes. 2. Bd. § 251.

[3]) Dagegen Eccius Der Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung in Behrend's Zeitsch. für die deutsche Gesetzgebung und für einheitliches deutsches Recht, VIII. Band S. 68, 69.



die Forderung des Gläubigers nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war.

Das österreichische C. R. enthält einen ähnlichen Rechtssatz nicht, und es bleibt daher Nichts übrig, als eine derartige Compensation hier für unzulässig zu erklären. Bei dieser Gelegenheit mag aber daran erinnert werden, dass die Einwirkung des Concursanspruchs eine völlig andere ist, wenn die beiden Forderungen in dem oben (§ 5 dieser Abhandlung) geschilderten Verhältnisse der Zusammengehörigkeit zu einander stehen.

Die geschilderte Umwandlung trifft nur die Forderungen wider den Gemeinschuldner; die Verbindlichkeiten Dritter an denselben bleiben unberührt. Sie verwandeln sich, wenn sie auf etwas Anderes als auf Geld gerichtet sind, wegen des Ausbruchs des Concurses über den Berechtigten nicht in Geldforderungen.[4])

Zum Schlusse möge uns noch die Frage beschäftigen, ob eine Compensation im Concurse zulässig sei unter Forderungen, die von Anfang an zwar nicht auf Geld gerichtet aber dennoch gleichartig waren, weil sie gleichmässig zum Gegenstande hatten Fungibilien derselben Gattung und Qualität. Z. B. der Gläubiger hatte vom Gemeinschuldner ein bestimmtes Quantum Wein zu fordern und war ihm ebenfalls ein Quantum Wein von gleicher Art und Güte unter denselben Modalitäten schuldig.

Man könnte behaupten: durch die Eröffnung des Concurses verwandelt sich die Forderung des Gläubigers auf Wein in eine Geldforderung gegen den Gemeinschuldner. Dadurch fällt die ursprüngliche Gleichartigkeit beider Forderungen hinweg und der Gläubiger kann die Geldforderung mit der Weinschuld nicht compensiren. Dieser Gedankengang ist nach unserem Dafürhalten völlig unhaltbar.

Denn nur jene Forderungen, die aus der Concursmasse als einem Ganzen befriedigt werden wollen, für die also das Ver-

---

[4]) Eccius a. a. O. S. 68.

mögen des Gemeinschuldners in seiner Einheit „das gemeinschaftliche Unterpfand“ ist,[5]) wie der Code civil (Art. 2039) sich, wenn auch nicht ganz correct ausdrückt, verwandeln sich nothwendiger Weise in Geldforderungen, um an der Vertheilung des Masse-Erlöses participiren zu können.

Das ist aber bei der Weinforderung des Gläubigers in unserem Beispiele nicht der Fall. Sie ist ja kraft eines schon vor der Concurseröffnung entstandenen Compensationsrechtes gedeckt und gesichert und braucht daher im Concurse wenigstens quoad quantitatem concurrentem nicht geltend gemacht zu werden (§ 20 Ö. C. O.).

---

## 2. Compensabilität bedingter und nicht fälliger Forderungen mit unbedingten und fälligen.

### § 13.

#### a) Betagte Forderungen.

Nach den Grundsätzen des Civilrechtes sind nur solche Forderungen compensabel, aus welchen eine gegenwärtige Zahlungspflicht entsteht. Zur Aufrechnung sind daher nicht geeignet solche Forderungen, deren Zahlungstermine noch nicht herangekommen sind. Der § 1439 des a. b. Gb. drückt dies mit den Worten aus: „Zwischen einer fälligen und einer noch nicht fälligen Forderung findet die Compensation nicht Statt.“ Unter „nicht fälligen Forderungen“ sind zwar nur die durch einen terminus a quo befristeten Forderungen gemeint. Allein es unterliegt keinem Zweifel, dass auch suspensiv bedingte Forderungen, so lange die Bedingung schwebt, zur Compensation nicht gelangen können. Hier soll zunächst von der Compensation mit betagten Forderungen gehandelt werden.

---

[5]) Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution . . . . .



Der im § 1439 des a. bgl. Gb. ausgesprochene Rechtssatz ist gleichermaassen zu weit gehend, wie die lex 7 pr. D. de comp. (16, 2) [Ulpianus lib. 28 ad edictum], die da lautet: quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat.

Denn aus demselben würde nothwendig folgen, dass der Compensant ganz und gar nicht berechtigt sei, das, was er dem Compensatar in diem schuldet zu compensiren mit seiner bereits fälligen Forderung an denselben.

Und das ist in dieser Allgemeinheit sicher nicht richtig.

Denn wenn der dies zu Gunsten des die Compensation anstrebenden Schuldners beigefügt ist, so steht ihm zweifellos frei, auf denselben (stillschweigend) zu verzichten, und auf diese Art seine Schuld zur Compensation geeignet zu machen. An dieser Möglichkeit ändert natürlich der Umstand Nichts, dass über das Vermögen des Compensatars der Concurs eröffnet wurde.

Ob nun im einzelnen Falle die Hinzufügung eines Termins zur Obligation zu Gunsten des Schuldners geschehen sei oder nicht, ist quaestio facti. Nach gemeinem Rechte wird dies im Zweifel angenommen (diei adjectionem pro reo esse non pro creditore); nach österreichischem Rechte gilt eine solche Vermuthung nicht. (§§ 902, 1413 a. bgl. Gb.; Art. 334 H. G. B.).

Auch ist der Compensant im österreichischen, wie im gemeinen Rechte ohne Zustimmung des Compensatars nicht berechtigt, wegen vorzeitiger Tilgung einer unverzinslichen Schuld das sog. Interusurium in Abzug zu bringen.

Im Concurse soll das gesammte der Execution unterliegende Vermögen des Cridars unter alle Gläubiger vertheilt werden. Das führt mit Nothwendigkeit auch zur Berücksichtigung derjenigen Gläubiger, deren Forderungen zur Zeit der Concurseröffnung noch nicht fällig sind. Denn wenn auch der Gläubiger ante diem die Forderung als ein gegenwärtiges Recht noch

nicht hat, so ist für denselben doch schon eine gesicherte Aussicht auf das künftige Recht begründet.[1])

Die preussische Concursordnung (§ 249) behandelt daher bei den Vertheilungen an die Concursgläubiger die noch nicht fälligen Forderungen wie fällige.

Weiter geht die deutsche Reichs-Concursordnung. Nach derselben (§ 58) gelten die betagten Forderungen als durch die Concurseröffnung fällig geworden. Die Fälligkeit äussert sich hier nach beiden Seiten hin. Nicht nur der Cridatar, sondern auch der Concursgläubiger hat die betagte Forderung als eine fällig gewordene im Concursverfahren zu behandeln.

Das österreichische Recht steht in dieser Frage der preussischen Concursordnung näher, als dem neuen deutschen Reichsrechte. Nach dem § 14 unseres Gesetzes sind nämlich mit der Eröffnung des Concurses die Forderungen an den Gemeinschuldner nur insofern als fällig anzusehen, als die Masse die Zahlung, ohne Rücksicht auf die hierzu festgesetzte Zeit, sogleich zu leisten berechtigt und der Gläubiger dieselbe anzunehmen verpflichtet ist.[2]) Wenn also auch

---

[1]) Unger System II. S. 89 fg., bes. Anm. 6; VI. S. 217 Anm. 6; Arndts Pandekten, 10. Aufl. S. 104 Anm. 6. Dagegen Hasenöhrl Das öst. Obligationenrecht, 1. Band, 2. Abth. S. 487 f. Daselbst in Anm. 12 die Litteratur in dieser Frage. Das im Texte Gesagte bezieht sich auf die aufschiebende Befristung. Was die auflösende Befristung anbelangt (Hasenöhrl a. a. O. S. 491, 492), so interessirt uns hier nur die bei solchen Obligationen beigefügte, auf Grund welcher wiederkehrende Zahlungen zu leisten sind. Vgl. hierüber den unten folgenden Text.

[2]) Die im Texte angeführte Regel gilt nicht für den Anspruch auf den Bezug von jährlichen Renten, Unterhaltsgeldern und anderen wiederkehrenden Zahlungen. Solche noch nicht fällig gewordene Hebungen ist die Masse nicht sogleich zu leisten berechtigt und der Gläubiger anzunehmen verpflichtet. Der Gläubiger kann vielmehr rücksichtlich derselben ebenso wie rücksichtlich der suspensiv bedingten Forderungen im Concurse das Begehren auf Sicherstellung für die Bezahlung zur jedesmaligen Verfallszeit stellen (§ 14, 15 Ö. C. O.) — offenbar darum, weil die fraglichen Termine regelmässig dies certi quando, incerti an, also den Bedingungen gleich zu behandeln sind. Auch den Realgläubigern gegenüber, deren Forderungen auf einem unbeweglichen Gute



nach österreichischem Rechte die betagten Concursforderungen als fällig angesehen werden können von Seite des Cridars, so gelten sie jedoch nicht als fällig durch den Willen des Concursgläubigers allein. Dieser Letztere ist nach österreichischem Concursrechte im Allgemeinen nicht befugt, seine betagte Forderung im Concurse einseitig als bereits fällige geltend zu machen.

War der Termin nur zu Gunsten des Cridars gesetzt gewesen, so hatte derselbe das im § 14 Ö. C. O. gewährte Recht schon nach den Grundsätzen des allgemeinen Civilrechtes. War aber der Termin zu Gunsten des Gläubigers gesetzt, dann kann dieser, entgegen den Vorschriften des Civilrechtes, zur vorzeitigen Annahme der Zahlung verhalten werden.

Wenn nun in Gemässheit des § 14 Ö. C. O. der Concursmasseverwalter eine betagte Concursforderung ante diem (cridamässig) zu bezahlen bereit ist, so ergiebt sich die weitere Frage, ob bei der concursgerichtlichen Distribution und auch sonst im Concursprocesse die ganze künftige Forderung oder nur der jetzige Werth der künftigen Forderung zum Grunde zu legen sei.

Nach der Pr. C. O. (§ 249) ist eine betagte unverzinsliche Forderung nur zu demjenigen Betrage in Ansatz zu bringen, welcher mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen von diesem Betrage für die Zeit zwischen dem Zahlungstage und dem späteren Verfalltage dem ganzen Betrage der Forderung gleichkommt.

Eine ähnliche Bestimmung enthält auch der § 58 der D. R. C. O.; nur wird hier das Interusurium nicht vom wirklichen Zahlungstage an, sondern vom Tage der Eröffnung des Concursverfahrens an berechnet.

Nach österreichischem Rechte ist eine solche einseitige Dis-

---

versichert sind, findet dieses Recht der Masse wenigstens insoweit nicht statt, als die Forderung mit dem für das Gut eingehenden Kaufschillinge bedeckt ist.



contirung einer betagten Concursforderung in aller Regel unzulässig. Freilich enthält die Concursordnung eine ausdrückliche Bestimmung diesfalls nicht. Allein durch ein argumentum a contrario aus dem § 20 Ö.C.O. dürfte diese Behauptung hinlänglich erhärtet werden können. Hier ist nämlich ein solcher Zinsenabzug für den Fall gestattet, als die nicht fällige und nicht verzinsliche Forderung zur Compensation verwendet werden soll. In allen anderen Fällen bleibt es also bei den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes.

Das öst. Recht geht hierbei offenbar von der Erwägung aus, dass der Concursgläubiger im Concurse ohnedies nur in den seltensten Fällen die volle Zahlung seiner Forderung erlangt, und sich regelmässig mit einer Dividende begnügen muss, die billiger Weise nicht noch durch einen Disconto herabgesetzt werden solle.[3])

Die dargestellten Regeln über die Behandlung von betagten Concursforderungen im österreichischen Gantprocesse erleiden nach zwei Richtungen hin Modificationen dann, wenn es sich um Satisfaction einer Forderung gegen den Cridar auf dem Wege der Compensation handelt.

Der § 20 unserer C. O. bestimmt nämlich zunächst: „Die Compensation wird dadurch nicht gehindert, dass die Forderung des Gläubigers oder diejenige des Gemeinschuldners zur Zeit der Concurseröffnung noch nicht fällig war.“ (Vgl. § 96 Z. 3 der Pr. und § 47 der D. R. C. O.)

Damit ist gesagt, dass nicht nur der Concursmasseverwalter, sondern auch der compensirende Gläubiger seine betagte

---

[3]) Die Motive des Referentenentwurfes (bei Kaserer S. 52) bemerken diesbezüglich: Es erscheine „die Ausschliessung des in mancher Gesetzgebung zugelassenen Interusurium nicht nur mit Hinblick auf die Verluste, die der nicht compensirende Gläubiger im Concurse ohnehin erleidet, als höchst billig, sondern auch als der Anschauung vollkommen entsprechend, welche im Art. 334 des Handelsgesetzbuches in Betreff der Unzulässigkeit eines Disconto-Abzuges bei **freiwilligen** Bezahlungen vor dem Verfallstage, ausgesprochen ist.“

Forderung an den Gemeinschuldner zum Zwecke der Aufrechnung als fällig zu behandeln in der Lage ist; und ferner, dass auch die betagte Schuld desselben an den Cridatar wie eine unbetagte compensirt werden dürfe.

Im gemeinen[4]) wie im früheren österreichischen[5]) Concursrechte wurde die Compensation mit betagten Forderungen im Concurse als dem Wesen des Concursprocesses widersprechend angesehen. Das Gleiche gilt noch im französischen Rechtsgebiete.[6]) Man müss hier wie oben (§ 12 dieser Abh.) sagen: Wegen Betagtheit der Forderung ist vor dem Concurse die Compensation ausgeschlossen gewesen; die in Folge des Concurses eintretende Fälligkeit der Forderung kann das Recht zur Compensation nicht begründen; denn in demselben Augenblicke, in dem die Concursforderung fällig wird, und zufolge desselben Umstandes wird sie tributorische Concursforderung und wird die Schuld an den Gemeinschuldner ein für alle Gläubiger gleichmässig bestimmter Theil der Concursmasse. — Das Gesetz bezweckt durch die Zulassung noch nicht fälliger Forderungen höchstens diese den fälligen gleichzustellen, nicht aber ihnen in der Freigebung der Compensation einen Vorzug vor den fälligen zu gewähren.[7])

Diese Deduction ist u. E. fällig stichhaltig.[8]) Es kann gegen dieselbe nicht eingewendet werden, dass das Recht der Aufrechnung schon erworben war ante diem[9]) und dass nur die Ausübung der Aufrechnung nicht stattfinden konnte, weil die eine oder die andere der Forderungen betagt war. Das

---

[4]) Dernburg S. 436 f.

[5]) G. U. W. No. 1939 (Ger. Halle 1864 S. 452 und 456); allg. öst. Ger. Zeit. 1867 S. 240.

[6]) Rénouard Traité des faillites, I. S. 331 No. 2.

[7]) Vgl. die Motive zur D. R. C. O. S. 1483.

[8]) Vgl. hierüber Seuffert Arch. XV. No. 119: Anders Seuffert XXX. No. 97 (Entsch. des R. O. H. G. 2. Senat vom 11. Juni 1873; auch Entsch. Band X. S. 166 f.).

[9]) Dies behaupten die Motive zur D. R. C. O. S. 1464.



Recht der Aufrechnung wird allerdings erworben im Momente der Coincidenz der beiden Forderungen. Allein so lange der dies nicht gekommen ist, existirt die obligatio nicht; ihre Existenz ist bis zu jenem Momente hinausgeschoben und beginnt erst von diesem an. Allerdings hat der Promissar schon ante diem aus dem betagten Versprechen ein festes unentziehbares Recht auf die Forderung. Dadurch erklärt es sich, dass der Gläubiger, dessen Forderung im Momente der Concurseröffnung noch betagt, also noch nicht existent ist, als Concursgläubiger angesehen wird, und dass auch betagte Forderungen des Cridars, die zur Zeit der Concurseröffnung noch nicht fällig sind, vor ihrer Fälligkeit in die Concursmasse einbezogen werden. Allein man kann kaum behaupten, dass der Concursgläubiger ex die schon jetzt das Recht auf Compensation habe für eine Forderung, die erst die existente juristische Vollkraft erhält; man kann auch nicht behaupten, dass der spätere Eintritt des dies in dem Sinne zurückwirke, dass man die Forderung als schon in jenem früheren Momente als fällig existirend denken könnte.

Die Compensabilität betagter Forderungen im Concurse lässt sich unseres Erachtens nur auf Billigkeitsrücksichten zurückführen.

Eine Erwägung, die zunächst auf dem Gebiete des Handelsrechtes zur Erweiterung des sog. kaufmännischen Retentionsrechtes auch für nicht fällige Forderungen geführt hatte[10]), wurde in den modernen Concursgesetzgebungen generalisirt. Man sieht es gleichsam als Regel an, dass im Concurse die einzelnen Forderungen zwischen zwei Personen nicht als völlig selbständige Rechtsindividuen gelten, und, „dass im Grunde solche Gegenforderungen nur Glieder eines grösseren Verkehrsverhältnisses zwischen zwei Personen sind, gleichsam von einem Stamme auslaufende Verästungen bilden“[11])

[10]) Art. 314 H. G. B.

[11]) Dernburg S. 39 f.

Weiter sagt der genannte § 20 Ö.C.O. in seinem Schlusssatze:

„Der (compensirende) Gläubiger muss sich jedoch, wenn seine Forderung noch nicht fällig und nicht verzinslich ist, für die vorzeitige Tilgung der Schuld die gesetzlichen Zinsen in Abrechnung bringen lassen.“

Das österreichische Concursrecht lässt, wie bereits bemerkt, nur im Falle einer Compensation die Discontirung der Concursforderung zu. Hierbei ist noch zu beachten, dass nur die Forderung des compensirenden Concursgläubigers und nicht auch dessen Schuld an den Gemeinschuldner als den Compensatar um das Interusurium einseitig vermindert werden darf.

Für die Berechnung des sog. Interusuriums kennt das gemeine Recht bekanntlich drei Methoden. Es fragt sich nun, welche derselben nach unserem Concursrechte als maassgebend anzusehen sei.

Der Wortlaut des § 20 Ö.C.O. deutet vor Allem auf die von Carpzow (Opus decision. illustr. Lips. III. num. 275) vertheidigte Berechnungsart, welche schlechthin die Summe der einfachen Zwischenzinsen vom Capitale abzieht. Diese Methode führt aber zu der Absurdität, dass durch sie bei einer Frist von 20 Jahren und einem Zinsfusse von 5 Procent das Capital ganz aufgezehrt wird. Sie ist daher höchstens bei ganz kurzen Zahlungsfristen erträglich.

Man kann unserer Concursgesetzgebung nicht zumuthen, dass sie eine so unsinnige Berechnungsart zum Gesetze habe erheben wollen; und zwar um so weniger, als der Wortlaut des Gesetzes einer befriedigenderen Auslegung nicht völlig entgegensteht.

Schliesst man die Carpzow'sche Methode aus, so kann es sich nur entweder um die Leibnitz'sche oder die G. A. Hoffmann'sche handeln.

Diese beiden Methoden stimmen darin überein, dass sie durch Rechnung eine Summe zu finden trachten, welche mit

Hinzurechnung ihres Zinsenertrages für das medium tempus dem Nominalbetrage der Forderung gleichkommt. Während aber nach der Hoffmann'schen jener Zinsenertrag nur in den einfachen Zinsen besteht, werden nach der Leibnitz'schen Methode auch Zinsen von Zinsen berechnet.

Da nun der § 20 Ö. C. O. nur die (gesetzlichen) Zinsen und nicht die Zinseszinsen in Abrechnung bringen lässt, so muss die Hoffmann'sche Methode als die im österreichischen Concursrechte recipirte angesehen werden.[12]) Die Leibnitz-sche Methode ist zwar mathematisch richtiger, allein die G. A. Hoffmann'sche entspricht besser unseren Lebensverhältnissen. Man kann dem vor der Zeit befriedigten Gläubiger ganz gut zumuthen, dass er das empfangene Geld verzinslich anlege, allein man kann bei den meist kleinen Concursdividenden nicht erwarten, dass er die von denselben gewonnenen oft minimalen Zinsen sofort wieder zinsbar anzulegen in der Lage sein werde.[13])

Die Hoffmann'sche Methode hat daher auch in der Pr. (§ 249 Alin. 2) und in der D. R. C. O. (§ 58 Alin. 2) Eingang gefunden.

Die fragliche bei der Berechnung des Interusuriums in Betracht kommende Zwischenzeit geht mit dem Verfallstage der Forderung zu Ende.

Hierbei ist aber der keineswegs seltene Fall nicht ausser Acht zu lassen, dass der Verfallstag der unverzinslichen Forderung ein unbestimmter, dass ihre Fälligkeit an ein Ereigniss geknüpft ist, von dem zwar feststeht, dass es, aber nicht, wann es eintritt (dies certus an, incertus quando).

Eine genaue Berechnung des Interusuriums ist in einem solchen Falle nicht denkbar; es wäre nur möglich, eine ap-

---

[12]) Kaserer Comm. ad § 20 und 21. Bezweifelt wird die im Texte vertheidigte Ansicht von Johann Heller „Zur Lehre von der Compensation im Concurse“, Gerichtshalle 1876 S. 64.

[13]) Motive zur D. R. C. O. S. 1483.

proximative Schätzung desselben eintreten zu lassen, welchen Ausweg die D. R. C. O. (§ 62) eingeschlagen hat.

Nach österreichischem Rechte ist die Discontirung einer solchen Forderung u. E. unausführbar und es bleibt nichts Anderes übrig, als die Compensation zwar für zulässig zu erklären, aber deren Vollzug bis zu jenem Momente hinauszuschieben und zu sichern, in welchem die Discontirung vorgenommen werden kann.

Mit welchem Tage aber nimmt diese „Zwischenzeit“ ihren Anfang?

Bei der Zahlung ausserhalb des Concurses zweifellos mit dem Zahlungstage; bei der Compensation im Concurse mit dem Tage der Concurseröffnung. Denn an diesem Tage sind die betagten Forderungen als verfallen und darum als compensabel anzusehen; auf diesen Tag wird die tilgende Wirkung der später erfolgten Compensation nach öst. Rechte bezogen.

Der bei Berechnung des Interusuriums zum Grunde zu legende Zinsfuss ist der gesetzliche (6 pCt.). Derselbe greift ja immer Platz, wo Zinsen in Frage kommen, über deren Höhe weder ausdrücklich noch stillschweigend Etwas vereinbart wurde. (§ 20 Ö. C. O.)

Wenn die betagte Concursforderung zwar nicht unverzinslich, wohl aber nur zu einem geringeren als dem gesetzlichen Zinsfusse zu verzinsen ist, so findet dennoch eine Discontirung nicht statt. (§ 20 Ö. C. O.)

Wenn die Forderung verzinslich ist und der Concursgläubiger die Zinsen schon im Voraus bezogen hätte, so erfolgt selbstverständlich eine Abrechnung derselben, nur mit dem Unterschiede, dass dan nicht die gesetzlichen, sondern die vertragsmässigen Zinsen, so wie er sie erhalten hat, in Abrechnung gebracht werden müssten.[14]) Wäre die Discontirung in einem solchen Falle unterlassen worden, so erschiene der

---

[14]) J. B. Zugschwerdt Praktisches Handbuch zur C. O. S. 45.

Gläubiger um den Betrag des Interusuriums in ungerechtfertigter Weise bereichert, und könnte mit der condictio sine causa zur Rückerstattung desselben verhalten werden.

Der § 20 Ö. C. O. spricht nicht besonders von dem Falle, wenn der Anspruch des Concursgläubigers zum Gegenstande hat den Bezug von jährlichen Renten, Unterhaltsgeldern und anderen wiederkehrenden Zahlungen. Soll in einem solchen Falle nach öst. Concursrechte der Gläubiger berechtigt sein, mit allen zur Zeit der Concurseröffnung noch nicht fällig gewordenen Hebungen zu compensiren?

Dies würde voraussetzen, dass der Anspruch auf den Bezug von wiederkehrenden künftigen Hebungen in eine durch eine einmalige Zahlung tilgbare Forderung umgesetzt werde.

Die D. R. C. O. gelangt zu diesem Ziele auf folgendem Wege. Sie unterscheidet, ob die Grösse und die Zeitdauer der wiederkehrenden Hebungen bestimmt ist oder nicht. Ist die Grösse und die Zeitdauer der wiederkehrenden Hebungen bestimmt, dann werden dieselben unter Abrechnung des Interusuriums von jeder einzelnen Hebnng durch Zusammenzählung der so discontirten Hebungen capitalisirt. Der Gesammtbetrag aber darf den zum gesetzlichen Zinssatze capitalisirten Betrag derselben nicht übersteigen, also nicht höher sein, als die Summe, welche sich ergeben würde, falls die Hebung auf unbegrenzte Zeit fortdauernd geschuldet wäre (§ 63 D. R. C. O.). Die Capitalisirung der Hebungen von unbestimmter Zeitdauer erfolgt durch eine Werthschätzung nach den thatsächlichen Umständen des einzelnen Falles.

Diese Art der Capitalisirung wiederkehrender Hebungen ist wol der Natur der Sache völlig entsprechend, sie ist jedoch u. E. dem Concursgläubiger im öst. Concursrechte nicht gestattet. Denn der § 14 Ö. C. O. verbietet ausdrücklich, Ansprüche des Gläubigers auf jährliche Renten, Unterhaltsgelder und andere wiederkehrende Zahlungen als mit der Eröffnung des Concurses fällig geworden anzusehen. Und dieses allge-

mein lautende Verbot bezieht sich u. E. auch auf den Fall der Compensation mit einer so gearteten Concursforderung. Hiebei darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass ein solches Bezugsrecht auch dem Gemeinschuldner gegen den Concursgläubiger zustehen kann. Dann greift allerdings das obige Verbot des § 14 Ö. C. O. nicht Statt und es ist in Gemässheit des § 20 Ö. C. O. das capitalisirte Bezugsrecht compensabel.

Das österreichische Concursrecht betrachtet nach dem Muster der Pr. C. O. die Ansprüche auf den Bezug künftiger fortlaufender Hebungen immer als bedingte. Mag nun in einzelnen Fällen in der Zeitbestimmung auch eine Bedingung mit enthalten sein, so ist dies doch nicht für alle Fälle richtig.

Eine Consequenz aus dieser Anschauung ist es, wenn der § 15 unserer C. O. dem bezugsberechtigten Gläubiger gestattet, im Concurse das Begehren auf Sicherstellung für die Bezahlung zur jedesmaligen Verfallszeit der Hebungen zu stellen. Zur vollen Sicherstellung würde ein Capital dienen, dessen Zinsen den wiederkehrenden Hebungen gleichkommen. Das Begehren des Gläubigers auf Sicherstellung mit einem solchen Capitale wird durch die zinstragende Anlegung der bei der Vermögensvertheilung darauf entfallenden Dividende berichtigt. Der Zinsenbezug von dieser Dividende wird dem Bezugsberechtigten angewiesen. (§ 182 Ö. C. O.)

Ganz irrig aber wäre es, wollte man den Anspruch des Gläubigers auf Sicherstellung durch ein ziffermässig festgestelltes Capital in der Weise zur Compensation im Concurse zulassen, dass er berechtigt sein sollte, seine Schuld an den Gemeinschuldner von dem Capitale in Abzug zu bringen. Die Unmöglichkeit einer solchen Compensation ergiebt sich schon aus dem Umstande, dass die ganze zur Sicherstellung verwendete Dividende, wenn die Hebungen zu laufen aufhören, frei werden und den übrigen Concursgläubigern cridamässig zufallen muss.

## § 14.
## b) Suspensiv bedingte Forderungen.

Bevor wir in die Erörterung der Frage, ob und inwieweit suspensiv bedingte Forderungen zur Compensation im Concurse nach österreichischem Concursrechte verwendet werden können, eintreten, müssen wir das Wesen der bedingten Forderung im österreichischen Rechte überhaupt und die Bedeutung und Wirksamkeit einer solchen im Concurse insbesondere charakterisiren.

Bei der Forderung ex die steht die (künftige) Existenz derselben ausser aller Frage, nur ist das Existent-Werden derselben hinausgeschoben. Bei der bedingten Forderung dagegen ist die Existenz der obligatio in Frage. Während des Schwebens der sog. Suspensiv-Bedingung ist es in suspenso, ob die suspensiv-bedingte Forderung entstanden sei oder nicht. Durch die Erfüllung der Bedingung wird entschieden, dass die fragliche Forderung entstanden, durch die Vereitelung, dass sie nicht entstanden ist. Die Erfüllung der Bedingung bringt die Forderung nicht erst zur Existenz; sie behebt lediglich den Zweifel, ob die nur unter einer Suspensiv-Bedingung begründete Forderung wirklich zur Existenz gelangt sei, oder nicht. Die suspensiv bedingte Forderung datirt im Falle der Erfüllung ihrer Bedingung ihre Existenz nicht erst vom Momente der condicio existens, sondern schon von jenem Momente an, wo sie als bedingte Forderung begründet worden war.

Das ist wenigstens die von Unger[1]) für das österreichische und gemeine Recht behauptete und gegenwärtig auch herrschende Lehre.

Hiebei ist nur zu beachten, dass bei bedingten Forderungen regelmässig in der Bedingung zugleich eine Befristung gelegen ist. Es wird für den Fall der Erfüllung der Bedingung der Anfang der Wirksamkeit der Forderung hinausgerückt.

---

[1]) System II. S. 70 ff. Jetzt auch Hasenöhrl S. 460 f.

Die Forderung gilt hier nicht als schon im Momente ihrer Begründung, sondern als erst mit der Erfüllung der Bedingung fällig geworden.

Setzen wir zunächst den Fall, dem Gemeinschuldner stände eine suspensiv bedingte Forderung gegen einen Dritten zu, und die Bedingung wäre im Momente der Concurseröffnung noch nicht in Erfüllung gegangen. Ist eine solche Forderung des Gemeinschuldners in die Concursmasse einzubeziehen? Die Existenz der Forderung ist im Momente der Concurseröffnung noch ganz ungewiss; und man kann nicht sagen, dass der bedingt berechtigte Gläubiger ein festes, unentziehbares, gegenwärtig schon einen schätzbaren Vermögenswerth repräsentirendes Recht in der bedingten Forderung habe. Die Zukunft kann ja zeigen, dass ihm eine Forderung überhaupt nicht zustand.

Wenn sich die Bedingung nach der Concurseröffnung einerlei, ob während des Concursverfahrens, oder nach Beendigung desselben erfüllt, so wird damit entschieden, dass die Forderung dem Gemeinschuldner schon im Momente der Begründung derselben entweder als eine schon damals fällige oder doch als eine später, nämlich mit der Erfüllung der Bedingung fällig werdende zustand, dass mithin der Gemeinschuldner schon zur Zeit der Eröffnung des Concurses ein festes Recht aus der Forderung hatte. Daraus folgt, dass Alles, was der Gemeinschuldner auch nur unter einer noch nicht erfüllten Suspensivbedingung im Momente der Concurseröffnung zu fordern hat, in den Activstand der Concursmasse mit einbezogen werden muss.

Dieselben Erwägungen führen auch zur Bejahung der Frage, ob eine bereits zur Zeit der Concurseröffnung begründete, aber suspensiv bedingte Forderung an den Gemeinschuldner vor der Erfüllung der Bedingung zur Theilnahme an dem Concursverfahren berechtige. Durch die nachträgliche Erfüllung der Bedingung wird der bisherige Zustand der Ungewissheit dahin entschieden, dass die Forderung mindestens ebenso eine Concursforderung sei, wie dies eine Forderung ex die ist.

In welcher Form soll nun dem suspensiv bedingten Concursgläubiger die Theilnahme am Concursprocesse gewährt werden?

Zunächst ist sicher, dass der bedingt Berechtigte unter keinerlei Umständen, also auch nicht im Concurse vor der Erfüllung der Bedingung die Zahlung seiner Forderung verlangen könne.

Da jedoch über das Vermögen des Schuldners der Concurs eröffnet wurde, so ist die Gefahr einer Vereitelung der künftigen Zahlung sehr nahe gerückt.

Die Gesetzgebung pflegt solchen Gefahren hie und da[2]) durch ein Rechtsmittel vorzubeugen, von dem sie auch hier in passender Weise Gebrauch macht. Sie gewährt dem Gläubiger einen Anspruch auf Sicherstellung der künftigen Zahlung. Es treten hier passive Wirkungen (Ihering) des Rechtsverhältnisses, nämlich eine gewisse Gebundenheit des Schuldners schon in einem Momente ein, in welchem es noch nicht entschieden ist, ob auch die activen Wirkungen des Rechtsverhältnisses Bestand haben oder nicht.

Der § 16 unserer C. O. bestimmt: „Wer eine bedingte Forderung hat, kann das Begehren, wenn die Bedingung eine aufschiebende ist, auf Sicherstellung der Zahlung für den Fall des Eintrittes der Bedingung ... stellen“ (vgl. §. 60 D. R. C. O.; § 250 Z. 1 Pr. C. O.). Bei der Vertheilung des Massevermögens wird die suspensiv bedingte Forderung mit ihrem vollen Betrage angesetzt; die auf sie entfallende Dividende wird aber nicht ausgezahlt, sondern als Sicherstellungssumme zurückbehalten, bis die Bedingtheit sich entscheidet. Erfüllt sich die Bedingung, so erhält der Gläubiger die Deckungssumme als cridamässige Zahlung; wird dagegen die Bedingung vereitelt, so wird die

---

[2]) Hasenöhrl S. 470, 471. Das gemeine Recht gewährt dem bedingt Berechtigten wol im Allgemeinen den Anspruch auf Sicherstellung für den Fall einer justa metuendi causa. O. H. Wendt Das bedingte Forderungsrecht, S. 24 ff. Aehnlich liegt die Sache in den Fällen des Art. 29 W. O. und des § 1365 a. bgl. Gb.



Sicherstellungssumme frei und fällt an die Concursmasse resp. an die anderen zur Perception berechtigten Concursgläubiger zurück.

Die D. R. C. O. hat diesfalls eine Besonderheit. Wenn hier die Bedingung nicht bis zur Schlussvertheilung eingetreten ist, so wird eine weitere Rücksicht auf die bedingt Berechtigten dann nicht genommen, wenn der Gemeinschuldner nicht schon nach den Vorschriften des Civilrechtes Sicherheit zu bestellen verpflichtet war. Die bis dahin zurückbehaltenen Dividenden müssen unter die unbedingten Gläubiger zur Vertheilung gelangen.[3])

In den bisherigen Erörterungen war von Bedingungen im Allgemeinen die Rede.

Es mag zunächst bemerkt werden, dass die gewonnenen Resultate auch auf solche Forderungen anzuwenden sind, deren Wirksamkeit von einer sog. condicio juris abhängig gemacht ist; freilich nur dann, wenn der Begriff der condicio juris auf jene Fälle beschränkt wird, wo die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes, gleich wie durch eine gewillkührte Bedingung, von Rechtswegen durch ein künftiges, noch ungewisses Ereigniss suspendirt wird.[4]) Hieher gehört z. B. der Regressanspruch des Wechselinhabers gegen den Aussteller und die Indossanten. Jedenfalls besteht das Regressrecht als ein bedingtes schon in dem Zeitpunkte, wo der Wechsel dem jetzigen Inhaber indossirt und übergeben wurde. Doch kann dieses Recht nur unter der Bedingung geltend gemacht werden, dass der Bezogene den Wechsel nicht bezahlt. Die Existenz des bedingten Rechtes tritt schon während des Schwebens der Bedingung in dem Anspruche auf Sicherstellung nach Art. 24, 25 W. O. zu Tage. Dieser Wirkung reiht sich die weitere an, dass, wenn der Regressschuldner in Concurs geräth, der Wech-

---

[3]) § 142 Abs. 2 und § 144 D. R. C. O. Motive S. 1485.

[4]) Wendt a. a. O. S. 19.

selinhaber seine Regressforderung schon vor dem Eintritt des Regressfalles als eine bedingte im Concurse anmelden kann, resp. muss.[5])

Es ist aber fraglich, ob die gewonnenen Resultate dann Statt haben, wenn die Erfüllung der Bedingung ganz allein oder doch zum Theile von dem Willen des Gemeinschuldners abhängt.

Es folgt aus dem Wesen des Concursanspruchs, dass bestimmte denselben beeinträchtigende Dispositionen des Gemeinschuldners pendente concursu den Concursgläubigern gegenüber unwirksam[6]) sind.

Gilt diese Regel auch für jenes Verhalten des Gemeinschuldners, das sonst die Erfüllung der Bedingung darstellen würde?

Für Schulden an den Gemeinschuldner, die von seiner Willkür abhängig gemacht sind, kann diese Frage eigentlich nicht gestellt werden. Die bedingende Thatsache kann hier entweder in einer materiellen Handlung des Schuldners, oder in seinem blossen, nackten Wollen bestehen.[7]) Setzt der Gemeinschuldner diese materielle Handlung oder giebt er die fragliche Willenserklärung ab, so ist diese oder jene als Erfüllung der Bedingung wirksam; die Gläubiger haben kein Interesse und kein Recht, einer Willensäusserung des Gemeinschuldners entgegenzutreten, die den Activstand des Cridars lediglich vergrössert.

---

[5]) Thöl Wechselrecht S. 49, Renaud Archiv f. Wechselrecht VIII. S. 279, Hartmann Das deutsche Wechselrecht S. 482 Note 3 und 4; Erkenntniss des Ober-Tribunals in Berlin, im Archiv für Wechselrecht Bd. IX. S. 76; dann auch Seuffert XXXIV. No. 258.

[6]) Schultze a. a. O. S. 22 ff. Hier wird mit grosser juristischer Schärfe auseinandergesetzt, dass aus dem Wesen des Concursanspruches und abgesehen vom positiven Rechte nur folge, dass solche Dispositionen des Gemeinschuldners den Concursgläubigern unwirksam d. h. anfechtbar, und nicht, dass sie nichtig seien.

[7]) Unger System II. S. 63; Hasenöhrl S. 452.

Weigert sich der Gemeinschuldner, die fragliche Handlung zu setzen, so können die Gläubiger ihn weder zu der Vornahme derselben zwingen, noch sie an Statt desselben selbst vornehmen. (Arg. § 4 Ö. C. O.)

Was nun die von der Willkür des Gemeinschuldners abhängenden Forderungen gegen ihn anbelangt, so erklären die Motive zur deutschen Reichs-Concursordnung (S. 1484) Folgendes: „Bedingungen, deren Erfüllung auf eine Thätigkeit des Gemeinschuldners gestellt ist, schliessen die Forderung von der Theilnahme am Concursverfahren gänzlich aus; jede Rechtshandlung, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung desselben vornimmt, ist in Bezug auf die Concursgläubiger nichtig (!); die Erfüllung der Bedingung durch ihn vermag daher eine Concursforderung nicht zu erzeugen."

Diese Deduction scheint uns nicht consequent zu sein.

Denn wenn man einmal dem bedingt berechtigten Gläubiger sofort die Theilnahme am Concurse oder mit anderen Worten den sog. Concursanspruch zugesteht, so kann in einem Verhalten des Gemeinschuldners, das keinen anderen Erfolg hat, als den genannten Concursanspruch im Concurse blosz zu legen, eine Beeinträchtigung des Concursanspruches der übrigen Gläubiger nicht gefunden werden. Das österreichische Recht insbesondere wird schon aus einem anderen Grunde praktisch zu diesem Resultate regelmässig führen müssen. Nach unserer C. O. wird die suspensiv bedingte Forderung ohne Rücksicht auf den Charakter der Bedingung sichergestellt, und die Sicherstellung nicht schlechthin mit der Beendigung des Verfahrens, sondern nur dann frei, wenn die Bedingung erfüllt wird. Mag man daher auch die zur Bedindung gemachte Handlung des Cridars, wenn sie pendente concursu gesetzt wird, für unwirksam erklären, so ist sie doch zweifellos giltig, wenn der Cridar sie nach Beendigung des Verfahrens vornimmt.

Wir gehen nun an das eigentliche Thema in diesem Para-

graphen, die Compensabilität suspensiv bedingter Forderungen im Concurse.

Eine Möglichkeit, die bedingten Forderungen auf ähnliche Art zur Subtraction von einander verwendbar zu machen, wie die betagten, lässt sich nicht denken. Betagte Forderungen können discontirt und mit ihrem gegenwärtigen Werthe in Ansatz gebracht werden; bei den suspensiv bedingten Forderungen steht aber vor dem Eintritte der Bedingung Sein oder Nicht-Sein in Frage.

Die Compensabilität suspensiv bedingter Forderungen im Concurse kann daher nur den Sinn haben, dass eine Compensation, die im Momente der Concurseröffnung zugelassen werden müsste, wenn die Forderung unbedingt wäre, gesichert wird für den Fall, als später die Bedingung sich erfüllt.

Die Ö. C. O. enthält über die Compensation bedingter Forderungen im Concurse keine Bestimmung. Der § 20 derselben spricht nur von nicht fälligen, nicht aber von bedingten Forderungen. In ähnlicher Weise schweigt auch die Pr. C. O. in dieser Frage.

Lässt sich die Compensabilität bedingter Forderungen im Concurse vielleicht aus allgemeinen Grundsätzen des österreichischen Concurs- und Civilrechtes überhaupt deduciren? Die preussische Praxis, die sich in ähnlicher Lage befand, hat sich überwiegend der Bejahung dieser Frage zugewendet und Dernburg, jener ausgezeichnete Kenner des preussischen Rechtes, sagt von der bejahenden Rechtssprechung, dass sie entschieden dem Rechtsbewusstsein entspreche. [8])

Bei uns hat sich eine constante Praxis bisher nicht gebildet; allein so viel ist gewiss, dass sich in unserem Rechtskreise ganz dieselben Argumente ausfindig machen lassen, welche in Preussen zur Bejahung dieser Frage geführt haben.

---

[8]) Comp. S. 436 Anm. 3. Vgl. unten Anm. 10.

Im Einzelnen müsste sich unsere Rechtssprechung folgenden Gedankengang eigen machen.

Das in der Concursordnung festgehaltene und durchschlagende Princip, dass regelmässig nur eine schon vor der Concurseröffnung vorhandene rechtliche Möglichkeit der Compensation durch den Concurs nicht vereitelt werden dürfe, spricht jedenfalls für die Verneinung der Compensabilität, wenn man die sog. Rückziehung der Bedingung läugnet. Lässt man aber die obenstehenden Darlegungen über die Wirkung der erfüllten Suspensiv-Bedingung nach österreichischem Rechte als richtig gelten und hält man mit denselben die Regel des § 20 unserer C. O. zusammen, die da eine Compensation auch dann für zulässig erklärt, wenn die Forderung des Gläubigers oder diejenige des Gemeinschuldners zur Zeit der Concurseröffnung nicht fällig war, so wird man sich für die Compensabilität der bedingten Forderungen im österreichischen Concursrechte erklären müssen.

Es möge uns gestattet sein, diese Behauptung näher auseinanderzusetzen und klar zu machen.

Zwei Forderungen stehen einander gegenüber. Die eine derselben — wir setzen den einfachsten Fall — ist suspensiv bedingt. Noch während die Bedingung schwebt, wird über den Einen von den beiden Gläubiger-Schuldnern der Concurs eröffnet. Später geht die Bedingung in Erfüllung. Hier ist nun zu unterscheiden, ob in der Bedingung zugleich ein dies a quo enthalten war oder nicht.

Im letzteren und selteneren[9]) Falle bedeutet die Erfüllung der Bedingung nichts Anderes, als: Die Forderung bestand schon vor der Concurseröffnung. Damit ist ex post die Möglichkeit einer Compensation schon vor der Concurseröffnung dargethan.

Im ersten Falle bedeutet die Erfüllung der Bedingung so viel als: Die Forderung bestand schon vor der Concurseröffnung

---

[9]) Hasenöhrl S. 467.

jedoch nur als betagte. Betagte Forderungen gelten aber als fällig zum Zwecke der Compensation im Concurse. Damit ist abermals ex post dargethan, dass die Compensation mit einer so gearteten Forderung schon mit dem Zeitpunkte der Concurseröffnung möglich war.

Es braucht wol nicht ausdrücklich bemerkt zu werden, dass die Compensabilität suspensiv bedingter Forderungen im Concurse nach österreichischem Rechte steht und fällt mit dem Dogma der sog. rückwirkenden Kraft der Bedingung.[10])

Aus diesem Grunde wäre es wünschenswerth gewesen, wenn die österreichische Gesetzgebung den hier möglichen Zweifeln durch eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung vorgebeugt hätte, wie dies die deutsche Reichs-Concurs-Ordnung gethan hat. Diese erklärt nämlich im § 47, dass die Aufrechnung dadurch nicht ausgeschlossen werde, dass zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens die aufzurechnenden Forderungen oder die eine von ihnen noch bedingt war, und dass der Gläubiger zum Zweke der Aufrechnung einer aufschiebend bedingten Forderung bei dem Eintritt der Bedingung Sicherstellung insoweit verlangen könne, als die Forderung der von ihm einzuzahlenden Schuld gleichkommt.

Es erübrigt uns noch, einige in der Praxis häufiger vorkommende Fälle zu besprechen, in denen die Grundsätze über Com-

---

[10]) Dasselbe gilt auch für die preussische Concursordnung. Dernburg a. a. O., jetzt auch Lehrbuch des preussischen Privatrechtes, 2. Band, 2. Aufl. S. 295 Anm. 11. Gegen ihn Eck Bemerkungen zur Lehre von der Compensation in Behrend's Zeitsch. für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen, III. S. 134 f. Was die preuss. Praxis anbelangt, so verweisen wir hauptsächlich auf die Motive zur D. R. C. O. S. 1464 Anm. 10 und heben besonders hervor die weitgehende Entsch. des Ober-Tribunals in Berlin vom 5. Januar 1860 (Striethorst Archiv XXXVI. No. 36 S. 131), nach welcher es nur darauf ankommt, „dass der Rechtsgrund der Forderung und Gegenforderung bereits vor der Concurseröffnung entstanden, wenn auch die Bedingung oder Fälligkeit erst nachher eingetreten ist“ (Rechtsgrundsatz des Allg. L. R. § 352, I. 16); ferner Striethorst Arch. XXXV. S. 302; XXXIX. S. 138; XLIII. S. 147.

pensation suspensiv bedingter Forderungen im Concurse bald mit bald ohne Fug angewendet zu werden pflegen.

Der erste ist folgender. Die Schuld des Gläubigers an den Cridar ist eine unbedingte; seine Forderung dagegen gründet sich auf ein Bürgschaftsverhältniss. Noch vor Eröffnung des Concurses nämlich hatte derselbe sich für den Cridar verbürgt und zwar unter Umständen, dass er wegen des Nachtheils, den ihm die Bürgschaft bringt, den Cridar als Hauptschuldner in Anspruch nehmen kann. Pendente concursu wurde er verhalten, für den Cridar Zahlung zu leisten. Kann nun der Bürge seine Regressforderung gegen den Cridar zur Aufrechnung auf seine Schuld an denselben verwenden? Diese Frage ist nur dann zu bejahen, wenn man zugiebt, dass das Regressrecht des Bürgen sofort mit der Uebernahme und Eingehung der Bürgschaft als ein suspensiv-bedingtes Recht begründet worden ist, ein Recht, das bedingt ist durch die später erfolgende eigene Zahlung des Bürgen, und dass die Erfüllung dieser condicio juris s. tacita rückwirkende Kraft habe.

Die österreichische Concurs - Gesetzgebung scheint sich in der That zu dieser Construction des Regressrechtes zu bekennen. Der § 18 unserer Concursordnung unterscheidet, was das Rückgriffsrecht des Bürgen gegen den Gemeinschuldner anbelangt, drei Fälle:

1. Der Bürge war verhalten, bereits vor Eröffnung des Concurses die verbürgte Schuld für den Gemeinschuldner zu bezahlen. In diesem Falle macht er seine Regressforderung, falls ihm eine solche überhaupt zusteht, als unbedingte Concursforderung geltend.

2. Der Bürge kam erst nach der Concurseröffnung in die Lage, die schon vor der Concurseröffnung verbürgte Schuld zahlen zu müssen. Auch in diesem Falle macht er seine Regressforderung als eine unbedingte Concursforderung, also als eine schon vor der Concurseröffnung vorhanden gewesene geltend.

3. Der Bürge hat wegen seiner vor der Concurseröffnnng übernommenen Bürgschaft eine Zahlung noch nicht geleistet. Hier bleibt ihm vorbehalten, in Ansehung der Zahlungen, die ihn in Folge seiner Haftung etwa künftig treffen könnten, seinen Anspruch im Concurse als bedingte Concursforderung anzumelden.[11]) Doch wird die Verfolgung dieses Anspruches im Concurse dann ausgeschlossen, wenn die verbürgte Forderung selbst vom Gläubiger im Concurse geltend gemacht wird.[12])

Der § 18 unserer Concursordnung gestattet also nach dem Vorgange des gemeinen Rechtes[13]) dem Bürgen, sein Rückgriffsrecht als Concursforderung geltend zu machen, ohne Rücksicht darauf, ob ihn die Zahlung der verbürgten Schuld schon vor der Eröffnung des Concurses getroffen hat oder erst nach derselben trifft. Zum Wesen einer Concursforderung aber gehört es, dass sie bereits bei der Eröffnung des Concurses als existent gilt. Es dürfte darum kaum gewagt sein, zu behaupten, die Gesetzgebung habe durch den § 18 Ö. C. O. zu erkennen gegeben, dass die Regressforderung des Bürgen, falls sie überhaupt existent wird, als schon im Momente der Uebernahme und Eingehung der Bürgschaft entstanden[14]) angesehen werden müsse.

Und wenn nun das eventuelle Regressrecht des Bürgen im

---

[11]) Nach dem § 11 Ö. C. O. kann derjenige, welcher eine suspensiv bedingte Forderung hat, im Concurse das Begehren auf Sicherstellung der Zahlung für den Fall des Eintrittes der Bedingung stellen. Die C. O. steht also im Einklange mit dem § 1365 des allg. bgl. Gb., der bestimmt: „Wenn gegen den Schuldner eine begründete Besorgniss der Zahlungsunfähigkeit (oder der Entfernung aus den Erbländern, für welche dieses Gesetzbuch vorgeschrieben ist) eintritt, so steht dem Bürgen das Recht zu, von dem Schuldner die Sicherstellung der verbürgten Schuld zu verlangen.“ l. 38 § 1 und l. 45 § 5 D mandati (17, 1) und l. 10 C mandati (4, 35).

[12]) Vgl. über diese überflüssige Einschränkung die Motive zur D. R. C. O. S. 1485.

[13]) Seuffert Arch. XXI. No. 181, Fuchs Concursverf. S. 43 Anm. 1. Abweichend zum Theil Pr. C. O. § 86.

[14]) Bei Heise und Cropp Jurist. Abhandlungen, Bd. II. No. XV. S. 425, wird ein Spruch des O. A. G. in Lübeck mitgetheilt, der ebenfalls die Eingehung der Bürgschaft als den Anfangspunkt des Regressrechtes verficht und

Concurse überhaupt als bedingte Forderung gilt, so folgt daraus, dass es in derselben Weise zur Compensation verwendet werden kann, wie jede andere bedingte Concursforderung.

Ein zweiter in der Praxis hie und da vorkommender Rechtsfall ist folgender.

Ein zur abgesonderten Befriedigung ausserhalb des Concurses berechtigter Pfandgläubiger hat sein noch vor Eröffnung des Concurses vom nachmaligen Cridar erworbenes Pfandrecht pendente concursu realisirt, sich aus dem Erlöse zahlhaft gemacht und schuldet nunmehr dem Cridar zur Concursmasse die hyperocha. Kann er auf diese Schuld eine ihm sonst zustehende unbedingte Concursforderung zur Aufrechnung bringen?

Die Klage, mittelst welcher der Anspruch auf das superfluum geltend gemacht wird, ist die actio pigneratitia in personam. Sie entsteht aus dem Pfandvertrage und steht dem Pfandgeber zu gegen den Pfandnehmer auf Zurückgabe der Pfandsache, sobald die durch das Pfand gesicherte Forderung auf andere Weise als durch Veräusserung des Pfandstückes getilgt oder aus anderem Grunde das Pfandrecht aufgehoben worden ist, bezw. auf Herausgabe des Mehrbetrages des Preises über die Forderung, falls das Pfandstück rechtmässig veräussert wurde.

Man könnte nun sagen, dass der Pfandnehmer sofort mit dem Pfandvertrage eine gewisse Haftung übernehme und dass es von der Erfüllung einer condicio juris (!), nämlich von der rechtmässigen Veräusserung des Pfandes abhänge, ob sich seine

---

darnach auch die Priorität eines dafür bestellten Pfandrechtes beurtheilt. Auch Striethorst Arch. XXXV. No. 64.

Die im Texte für das öst. Recht vorgetragene Ansicht wird auch von Wendt a. a. O. für das gemeine Recht vertheidigt. Schwierigkeit macht hier die Frage nach der „Rückwirkung" einer erfüllten condicio juris, die im vorliegenden Falle gemeinrechtlich u. E. kaum bejaht werden kann.

Die gemeinrechtliche Spruchpraxis (Seuffert XXXI. No. 133 [auch R. O. H. G. XIII. No. 95]; Entscheidungen des Grossherzoglich Mecklenburgischen Oberappellationsgerichtes zu Rostock, herausgegeben von J. F. Bude VIII. No. 41) spricht sich über diese entscheidende Vorfrage nicht aus.

Verpflichtung insbesondere auf Herausgabe eines eventuellen Ueberschusses beziehe. Allein sicher wäre es widersinnig zu sagen, durch die Erfüllung der Bedingung sei ex post dargethan, dass dem Pfandgeber schon bei Eingehung des Pfandvertrages eine Forderung auf die hyperocha, also auf Geld, zugestanden habe. Dieser sein auf Geld gerichteter Anspruch datirt vielmehr erst vom Momente der Veräusserung, also aus der Zeit nach der Concurseröffnung. Es kann daher von einer Compensabilität dieses Anspruches mit einer Concursforderung nach unserem Rechte nicht die Rede sein.[15])

Ein dritter, dem früheren ähnlicher Rechtsfall endlich, den wir auch noch in diesem Paragraphen besprechen zu müssen glauben, ist folgender. Ein Concursgläubiger will seine Schuld an eine in Concurs verfallene Bank mit einer Forderung compensiren, die zum Gegenstande hat die partielle Rückstellung einer Geldcaution, welche derselbe lange vor der Eröffnung des Concurses als Credittheilnehmer der Bank erlegt hatte. Hiebei ist zu bemerken, dass die fragliche Schuld nicht eine solche war, die aus dem durch die Caution sichergestellten Verhältnisse entsprang und, dass nach den Statuten dieser Bank die Caution eines Credittheilnehmers, ohne Einwilligung der Bank vor gepflogener Austritts-Abrechnung weder zur Compensation noch zur Zahlung des Credittheilnehmers verwendet werden

---

[15]) Eine andere Auffassung R.O.H.G. XVIII. No. 40: „dass der Cridar selbst vor Ausbruch des Concurses noch nicht in der Lage war, den Anspruch zu erheben, weil das Pfand damals noch nicht verkauft und beziehungsweise ungewiss war, ob der Verkauf einen Ueberschuss über die Pfandschuld ergeben werde, steht der Compensabilität nicht entgegen: denn immerhin war schon für den Cridar durch den Pfandvertrag ein Anspruch des Inhalts begründet, dass ihm der Pfandnehmer, falls es zur Veräusserung des Pfandes komme und hiebei eine hyperocha sich ergebe, diese verabfolge; und der Umstand, dass die Eventualitäten, von denen die Klagbarkeit des diesfälligen Anspruchs des Cridars abhänge, erst nach Ausbruch des Concurses eingetreten sind, steht nach dem eben Bemerkten der Statthaftigkeit der Compensation mit einer schon vor Ausbruch des Concurses fällig gewordenen Forderung des Pfandnehmers nicht entgegen."



durfte. Der Austritt des Gläubigers und die Abrechnung mit demselben erfolgte erst **nach** der Concurseröffnung und ergab für ihn eine ziffermässig bestimmte Forderung an die Concursmasse. Die Entscheidung muss in diesem Falle u. E. anders ausfallen als in dem früher vorgelegten. Jedoch kommen hier nicht die Grundsätze über die Compensation suspensiv bedingter Forderungen im Concurse zur Anwendung. Wir müssen vorerst die Natur der Forderung des Gläubigers an die Bank feststellen.

Der Gläubiger hatte der Bank eine Baarcaution bestellt, d. h. er hatte eine bestimmte Summe Geldes derselben in's Eigenthum tradirt und dadurch für sich eine Forderung an die Bank auf Rückgabe des gleichen Quantum und Quale begründet, um an dieser der Bank ein Pfandrecht (pignus irregulare) wegen bestimmter künftiger Verbindlichkeiten einzuräumen.

Solange das Cautionsverhältniss dauert, kann zwar die Rückzahlung der Caution nicht gefordert werden, allein die Forderung besteht doch schon gegenwärtig, wenn auch nur als eine betagte[16]), eine durch einen dies certus an, incertus quando beschränkte. Als solche kann sie von der Compensation im Concurse nicht ausgeschlossen werden (§ 20 Ö. C. O.). Auch steht nicht im Wege, dass sie zur Zeit der Concurseröffnung ihrem Betrage nach nicht liquid ist, denn die Liquidität ist bekanntlich keine constitutive Voraussetzung des Compensationsrechtes. Freilich kann in diesem Falle die Liquidation ergeben, dass die ganze Forderung durch das Pfandrecht consumirt wurde; allein dieses darf ebensowenig beirren, als es beirrt,

---

[16]) Pfaff Geld als Mittel, S. 55. Zu der im Texte gegebenen Entscheidung gelangt man auch auf Grund der Baar-Cautions-Theorie von Exner (Kritik des Pfandrechtsbegriffes, S. 173 f.) und Hanausek (Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch, S. 177 f.).

Nach Windscheid Pandekten, 5. Aufl. I. § 226 a. Anm. 2, wird der Cautionsempfänger nur für den Fall verpflichtet, wenn er befriedigt wird. Dann hätte man es also mit einer suspensiv bedingten Forderung zu thun. Vgl. auch Heller Ger. Halle 1876. No. 14.

wenn sonst im separatum erkannt wird, die zur Compensation zu bringende Forderung existire gar nicht.[17])

---

## § 15.
## c) Resolutiv bedingte Forderungen.

So lange die Resolutiv-Bedingung schwebt, ist die resolutiv bedingte Forderung vollkommen wirksam. Geht aber die Resolutiv-Bedingung in Erfüllung, so verliert die Forderung ihre rechtliche Existenz. Der bisherige Zustand der Ungewissheit verschwindet und es wird so gehalten, als ob die fragliche Forderung nie bestanden hätte.[1])

Nach dem § 16 unserer Concursordnung kann, wer eine bedingte Forderung hat, im Concurse das Begehren, wenn die Bedingung eine auflösende ist, ohne Weiteres auf Zahlung stellen, jedoch nur dann, wenn er seinerseits für den Fall, dass die Bedingung eintritt, Sicherheit leistet.

Es ist wohl richtig, die resolutiv bedingten Forderungen während des Schwebens der Bedingung den unbedingten Forderungen im Concurse gleichzustellen. Allein die in dem genannten Paragraphen gemachte Beschränkung kann nicht gebilligt werden.

Zunächst ist es unrichtig, vom Gläubiger sofort, wenn er das Begehren auf Zahlung stellt, Sicherheitsleistung zu verlangen. Es würde genügen, nur die Auszahlung der auf die resolutiv bedingte Forderung entfallenden Beträge von der Sicherheitsbestellung für die Rückzahlung im Falle des Eintrittes der auflösenden Bedingung abhängig zu machen.

Ferner ist es überhaupt verkehrt, eine solche Sicherheitsleistung vom Gläubiger von Concurswegen zu verlangen.

---

[17]) So entschied das Wiener Handelsgericht im obigen Falle. Ger. Halle 1876, S. 114.

[1]) Unger System II. S. 76; Hasenöhrl S. 472. Czyhlarz Resolutivbedingung S 23.



Wenn der Gläubiger, abgesehen vom Concurse, also schon nach den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechtes, verpflichtet war, die Sicherheit zu bestellen, dann wird er auch im Concurse von dieser Verpflichtung nicht entbunden werden dürfen. Allein auch in allen anderen Fällen die Sicherstellung zu fordern, ist kein Grund vorhanden.[2]) Auch hier hat wiederum die „durchaus unrichtige Idee, als ob im Concurse soweit als möglich zu Gunsten der Masse entschieden werden müsste“ [3]), eingewirkt. Der Gläubiger ist es nicht, der durch die Concurseröffnung unsicher wurde. Es hätte eher einen Sinn im umgekehrten Falle, nämlich dann das volle Rückforderungsrecht zu sichern, wo es sich um eine resolutiv bedingte Forderung des Cridars an einen Dritten handelt, und dieser Dritte etwa vor Eröffnung des Concurses die Zahlung geleistet hat. Nehmen wir an, es wäre in diesem Falle nach oder schon vor der Eröffnung des Concursverfahrens die Bedingung in Erfüllung gegangen, dann erscheint der Cridar um die empfangene Zahlung in ungerechtfertigter Weise bereichert.

Die deutsche Reichs-Concursordnung hat für diesen Fall vorgesehen. Nach dem § 52 Z. 3 derselben sind nämlich die Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse als Masseschulden zu behandeln, also noch vor den Concursforderungen zu befriedigen.

Die öst. Concursordnung enthält eine ähnliche Bestimmung nicht. Es bleibt daher hier dem Dritten nichts Anderes übrig, denn als Concursgläubiger seine condictio im Concurse anzumelden und sich mit der auf diesen Anspruch entfallenden Dividende zu begnügen.

Hiebei ist noch insbesondere zu bemerken, dass der Condictionsanspruch des zahlenden Dritten vor Erfüllung der Resolutiv-Bedingung als eine suspensiv bedingte Forderung anzu-

---

[2]) Motive zur D. R. C. O. S. 1484. Unser § 16 ist der preuss. Concursordnung § 250 nachgebildet.

[3]) Günther Concurs S. 59.

sehen ist, für die in Gemässheit des § 16 Ö. C. O. cridamässige Sicherstellung begehrt werden kann.

Diese für die Zahlung geltenden Grundsätze kommen auch bei der Compensation zur Anwendung.

Betrachten wir zuerst den Fall, wo es sich um die Compensation einer resolutiv bedingten Forderung mit einer unbedingten Schuld des Gläubigers an den Gemeinschuldner handelt. Die Compensation ist ohne Zweifel zulässig. Nur muss nach § 16 Ö. C. O. der Concursgläubiger Caution für den Fall des Eintrittes der Bedingung leisten. Ereignet sich dieser Fall, so wird ex post klar, dass eine Concursforderung nicht bestand, dass für eine Compensation gar kein Stoff vorhanden war, und dass die sichergestellte Schuld zur Concursmasse gezahlt werden muss. Auch in dem anderen Fälle, wo die Forderung unbedingt, die Schuld an den Cridar aber resolutiv bedingt ist, ist eine Compensation zulässig. Durch die Erfüllung der Resolutiv-Bedingung wird hier ex post klar, dass dem Cridar überhaupt Nichts geschuldet wurde, dass die Compensation gar nicht bestehe, und dass somit die Concursforderung nicht getilgt sei. Der Concursgläubiger wird die auf diese Forderung entfallende Dividende beziehen, vorausgesetzt natürlich, dass er diese Forderung als eine suspensiv bedingte im Concurse angemeldet resp. deren Sicherstellung begehrt hat. War die Schuld insbesondere grösser als die Forderung, so war der Gläubiger während des Schwebens der Resolutivbedingung verpflichtet, den Ueberschuss in die Masse zu bezahlen. Dieser Ueberschuss wird nach erfüllter Resolutiv-Bedingung unseres Erachtens mit der condictio sine causa als Masseforderung (§ 29 Z. 2 Ö.C.O.) zurückgefordert werden können.[4])

[4]) Mit Recht verpflichtet Fuchs Concursprocess, S. 83, den Gläubiger zur Zahlung des Ueberschusses „nur gegen Caution des Concursverwalters, da der eingezahlte Ueberschuss als Bestandtheil der Masse zur Vertheilung unter die Gläubiger verwendet wird, somit für den Fall des Eintritts der Resolutivbedingung eine Gefährdung des Schuldners vorliegt.“ Vgl. § 16 Ö. C. O., § 60 D. R. C. O.



## § 16.
## III. Die Compensation nach Beendigung des Concursverfahrens.

Den Schlusspunkt unserer Abhandlung soll eine Erörterung der Frage bilden, ob die durch den Concurs, resp. den Concursanspruch begründeten Modificationen des Compensationsrechtes auch noch fortdauern, wenn das Concursverfahren beendigt ist.

Die Motive zur D. R. C. O. (S. 1463) verneinen diese Frage schlechthin, ohne sich in eine nähere Untersuchung und Besprechung derselben einzulassen. Die betreffende Stelle aus denselben lautet wörtlich: „Die Erweiterungen und die Beschränkungen, welche der Entwurf vorschlägt, sind aus der allgemeinen Natur des Concurses entnommen. Darum sollen sie aber auch nur für diesen und während desselben gelten. Wird das Concursverfahren aufgehoben, so tritt wieder das Civilrecht in Kraft. Der Gläubiger kann sich nicht auf die ihm für den Concurs gewährte Begünstigung, der frühere Gemeinschuldner sich nicht auf die Beschränkungen berufen, welche das Concursrecht dem Gläubiger auferlegte."

Wir haben die Stelle genau wieder gegeben, weil uns die allgemeine Fassung derselben nicht ganz richtig, oder wenigstens nicht genau zu sein scheint. Die Motive sprechen nämlich nicht deutlich genug aus, dass die Modificationen des Compensationsrechtes im Concurse eigentlich nothwendige Consequenzen des dem sog. materiellen Rechte angehörenden Concursanspruches, und nicht des Concursverfahrens sind. Man könnte vielmehr nach dieser Stelle glauben, auch die Motive hängen dem weitverbreiteten Irrthume nach, dass die eigenthümlichen Rechtsphänomene des Concurses aus dem Concursverfahren und nicht aus dem im Concursverfahren zu realisirenden Concursanspruche abzuleiten seien, ein Irrthum, der fast alle bisherigen Schriftsteller über Concursrecht gefangen hielt und dieselben zu den ungesundesten und unbrauchbarsten Resultaten führte.

Das Verfahren hat nach der richtigen Ansicht nur die Bedeutung, dass kraft positiver gesetzlicher Bestimmunngen die aus dem Concursanspruche resultirenden rechtlichen Wirkungen dann als nicht eingetreten angesehen werden sollen, wenn ausnahmsweise trotz des vorhandenen Concursanspruches ein Concursverfahren nicht eröffnet wird.

Die Modificationen des Concursrechtes sollen nach den Motiven nur so lange vorhalten, als die causa dauert, die sie herbeigeführt hat: cessante causa cessat effectus. Sie sollen also wegfallen, wenn der Concursanspruch erledigt ist, oder wie die Motive dies ungenau ausdrücken, wenn das Concursverfahren beendigt ist. Wir sagen ungenau: denn wenn auch in aller Regel das Concursverfahren damit endigt, dass der Concursanspruch erledigt ist, so giebt es doch, wie wir unten sehen werden Fälle, wo das Concursverfahren beendigt wird, ohne dass es zu einer Ausschüttung der ganzen Concursmasse gekommen wäre, Fälle, in denen eine Erneuerung oder besser gesagt Ergänzung des Verfahrens beantragt werden kann.

Wir können gegen die Anwendung des Grundsatzes cessante causa cessat effectus auf unsere Frage gewichtige Bedenken nicht unterdrücken und wollen daher, um unseren Standpunkt klar zu legen, die einzelnen Modificationen des Compensationsrechtes im Concurse der Reihe nach in Betracht nehmen und untersuchen, ob sie mit dem Concursanspruche wegfallen oder denselben überdauern.

Hiebei wollen wir vorerst die Erweiterungen, und sohin die Beschränkungen des Compensationsrechtes im Concurse ins Auge fassen.

Zunächst beschäftigen uns also die Fälle, wo die Compensation abgesehen vom Concurse unzulässig wäre, und nur im Concurse in Folge einer in demselben eintretenden Erweiterung des Compensationsrechtes zulässig wird. Soll sie zulässig bleiben, wenn der Concursanspruch wegfällt, oder soll sie wieder unzulässig werden? Selbstverständlich wird hier vorausgesetzt,

dass während des Concurses die damals möglich gewesene Compensation nicht zum Vollzug gebracht wurde.

Eine Erweiterung des Compensationsrechtes wird im Concurse einmal wenn auch nicht nach österreichischem, so doch nach deutschem Reichsconcursrechte dadurch herbeigeführt, dass alle Forderungen, auch die auf Leistungen anderer Art (körperlicher Sachen, Handlungen etc.) gerichteten, im Concurse nur als Geldforderungen geltend gemacht werden können. Nach Beendigung des Concursverfahrens muss hier offenbar auf den ursprünglichen Gegenstand der Forderung zurückgegriffen werden. Doch kann dies durch materiell-rechtlich wirkende Thatsachen im concreten Falle ausgeschlossen oder beschränkt sein, namentlich durch theilweise Befriedigung der in eine Geldschuld verwandelten ursprünglich untheilbaren Obligation.[1]

Eine Erweiterung des Compensationsrechtes im Concurse wird ferner dadurch herbeigeführt, dass betagte Forderungen im Concurse zum Zwecke der Compensation discontirt, beziehungsweise als unbetagte in Rechnung gebracht werden. Auch diese Erweiternng fällt u. E. mit der Beendigung des Concursverfahrens hinweg.[2] Man behauptet zwar bezüglich der betagten Forderungen gegen den Gemeinschuldner das Gegentheil, indem man anführt, dass das Fälligwerden betagter Forderungen eine Folge des durch die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners begründeten Anspruchs auf sofortige Befriedigung aus den bereiten Mitteln desselben sei, und dass der Grund der Erweiterung der Forderung mit der Aufhebung des Concurses und der Nicht-Befriedigung in demselben nicht fortfalle, sondern fortdauere, ja erst jetzt recht vorhanden sei.[3] Allein so gross auch die Autorität ist, welche diese Ansicht aufstellt, wir können derselben dennoch nicht beipflichten. Denn der Anspruch auf sofortige Befriedigung aus dem Vermögen

[1]) Schultze a. a. O. S. 81.
[2]) Striethorst Archiv XLI. No. 33.
[3]) Schultze a. a. O. S. 80.

des Gemeinschuldners fällt eben mit dem Concursverfahren hinweg, welches allein die Ordnung der gesammten, also nicht blosz der gegenwärtigen, sondern auch der zukünftigen jetzt schon berechenbaren vermögensrechtlichen Beziehungen des Gemeinschuldners zum Zwecke hat.

Eine Erweiterung des Compensationsrechtes im Concurse findet endlich dann Statt, wenn die künftige Compensation mit einer dermalen noch bedingten Forderung für den Fall des Eintrittes der Bedingung sichergestellt wird. Der bedingt berechtigte Gläubiger darf dann die Zahlung seiner Schuld an den Gemeinschuldner resp. den Concursmasseverwalter so lange zurückhalten, bis der Zustand der Schwebe sein Ende erreicht hat, und im Falle der Erfüllung der Bedingung die Compensation vollziehen. Geht nun dieses Recht des Gläubigers mit der Beendigung des Concursverfahrens unter, oder dauert dasselbe auch noch nach diesem Zeitpunkte fort, wenn der Schwebezustand zur Zeit der Aufhebung des Concurses noch nicht entschieden ist?

Für die Entscheidung dieser Frage giebt es unseres Erachtens einen Anhaltspunkt im Gesetze. Bekanntlich kann, wer eine bedingte Forderung an den Gemeinschuldner hat, wenn die Bedingung eine aufschiebende ist, im Concurse nur das Begehren auf Sicherstellung der Zahlung für den Fall des Eintrittes der Bedingung stellen und wird sohin die auf solche Forderungen cridamässig entfallende Dividende grundbücherlich oder depositenämtlich oder sonst irgendwie sichergestellt.

Nach einer nicht misszuverstehenden Bestimmung des österreichischen Concursrechtes (§ 188 Ö. C. O.) hat die in Betreff einer bedingten Forderung bestellte Deckung so lange bestellt zu bleiben, als die Pendenz dauert, mag auch inzwischen die Beendigung des Concurses gerichtlich ausgesprochen worden sein. In der Schlussvertheilung muss darauf, dass die bestellte Deckung durch Deficienz der Bedingung frei werden kann, in der Weise Rücksicht genommen werden,

dass festgestellt wird, wie viele Procente der etwa freiwerdenden Beträge seinerzeit an die einzelnen namentlich zu bezeichnenden Gläubiger, welchen die weitere Geltendmachung ihrer Rechte überlassen bleibt, zu vertheilen sein werden.[4])

In dieser gesetzlichen Bestimmung ist u. E. ein Princip ausgesprochen, das nicht blosz auf den zunächst liegenden Fall des § 188 Ö. C. O., sondern offenbar auch auf unseren Fall angewendet sein will, nämlich das Princip, dass die für die künftige Befriedigung einer bedingten Forderung im Concurse getroffenen Sicherungsmaassregeln im Sinne des österreichischen Concursrechtes nöthigenfalls auch noch über die Beendigung des Concursprocesses hinaus wirken sollen.

Anders steht die Sache allerdings nach der deutschen Reichsconcursordnung. Hier (§ 142, 144, 158 D.R.C.O.) ist im Gegentheile der Grundsatz ausgesprochen, dass Forderungen unter einer aufschiebenden Bedingung bei der Schlussvertheilung von Concurswegen nur dann berücksichtigt werden, wenn in gehöriger Zeit der Eintritt der Bedingung nachgewiesen wird und dass anderen Falles die etwa bestellten Deckungen für die Schlussvertheilung frei werden.

Wir kommen nunmehr zu jenen Fällen, wo die Compensation abgesehen vom Concurse zulässig wäre, und nur in Folge einer im Concurse eintretenden Beschränkung des Compensationsrechtes in demselben unzulässig geworden ist. Soll sie unzulässig bleiben, wenn der Concursprocess beendigt ist, oder soll sie nunmehr wieder zulässig werden?

Die gesammte Darstellung in der vorliegenden Abhandlung hat ergeben, dass die Beschränkungen des Compensationsrechtes im Concurse im Grossen und Ganzen auf die eine Thatsache zurückgeführt werden müssen, dass die sonst aufrechenbare Schuld an den Gemeinschuldner von dem sog. Concursanspruche ergriffen wird, mit anderen Worten, dass sie zur Befriedigung

---

[4]) Aehnlich § 278 Pr. C. O.

aller Concursgläubiger und nicht eines Einzelnen zu dienen hat.

Ist nun der Concursanspruch vollständig erledigt, so kann die Frage nach der Zulässigkeit späterer Compensation mit dieser Schuld eigentlich gar nicht mehr gestellt werden. Denn der Concursanspruch kann ja nach streng juristisch-logischen Consequenzen nur dann als (vollständig) erledigt bezeichnet werden, wenn die gesammte Concursmasse, also auch die fragliche Schuld ausgeschüttet, d. h. den Concursgläubigern cridamässig zugewiesen ist. Eine scheinbare Ausnahme könnte nur dann Statt finden, wenn diese Schuld an den Gemeinschuldner durch Beschluss der berechtigten Personen dem Einflusse des Concursanspruches entzogen, d. h. aus der Concursmasse ausgeschieden und dem Gemeinschuldner zur freien eigenen Verfügung überlassen wird. Hier stünde der Compensation allerdings ein Hinderniss nicht entgegen. Zu einem solchen Verzichte werden sich aber die Concursgläubiger nur in den allerseltensten Fällen veranlasst finden, etwa bei gänzlicher Uneinbringlichkeit des Guthabens, die jedoch gerade in unserem Falle nur soweit Statt hat, als die Schuld nicht durch die auf den Schuldner als Gläubiger entfallende Concursdividende getilgt werden kann.

Soweit liegt die ganze Frage einfach und klar. Die Schwierigkeit beginnt erst, wenn wir erwägen, dass der Zeitpunkt der Erledigung des Concursanspruches mit dem Zeitpunkte der Concursbeendigung nicht zusammen fallen muss. Da das moderne Concursrecht mit Fug auf eine möglichst schleunige Abwickelung des Gantprocesses dringt, so sind Fälle unvermeidlich, wo das Concursverfahren für beendigt erklärt wird, ohne dass dem materiellen Concursanspruche allenthalben entsprochen worden wäre. Die Gesetzgebung hat diese Möglichkeit sehr wohl erkannt und in dieser Erkenntniss die Bestimmung getroffen (§ 190 Ö. C. O.), dass rücksichtlich des erst nach Beendigung des Concurses zum Vorschein kommenden Concursvermögens ein Ergänzungsverfahren abgeführt werde.

Damit ist zugegeben, dass unter Umständen der Concursanspruch materiell als fortwirkend angesehen wird, obgleich formell dessen Erledigung in der die Concursaufhebung aussprechenden Verordnung constatirt ist.

Dass nun während des Ergänzungsverfahrens die Compensation in derselben Weise beschränkt ist, wie während des nunmehr zu ergänzenden Concurshauptprocesses, das liegt u. E. auf der flachen Hand und bedarf keiner näheren Erörterung und Begründung. Allein was ist Rechtens, wenn in der Zwischenzeit d. i. nach Beendigung des Concurses und vor Eröffnung des Ergänzungsverfahrens die Compensation versucht wird?

Wir glauben uns in Uebereinstimmung mit einer Entscheidung des Berliner Obertribunals vom 16. Februar 1860[5]) gegen die Zulässigkeit der Compensation aussprechen zu müssen. Denn im Sinne des § 190 Ö. C. O. soll jeder von dem Concursanspruche ergriffene Ausstand der Masse zur cridamässigen Vertheilung unter die Concursgläubiger gelangen, mag auch das Concursverfahren formell seine Endschaft erreicht haben. Würde nun die Compensation in der fraglichen Zeit rechtsgiltig vollzogen werden dürfen, so würde dadurch, auch abgesehen von der Rückwirkung des Vollzuges, die Absicht des Gesetzes vereitelt, und der Anwendung des § 190 Ö. C. O. der Boden unter den Füssen weggezogen werden.

Bisher war immer nur von der als normal zu denkenden Beendigung des Concurses durch Liquidation und Vertheilung des Concursvermögens die Rede gewesen. Die übrigen Arten der Beendigung des Concurses bieten in unserer Frage keine Schwierigkeiten. Denn bei der Abthuung des Concurses (§ 154 Ö. C. O.) ist der Concursanspruch wie bereits oben (§ 5) bemerkt, iuristisch eigentlich gar nicht wirksam geworden. Bei der Aufhebung des Concurses über Einverständniss der Gläubiger

[5]) Striethorst Archiv XXXVI. No. 57 und 58.

(§ 155 Ö. C. O.) begeben sich die sämmtlichen Subjecte des Concursanspruches freiwillig aller aus demselben für sie resultirenden Vortheile; und bei der Beendigung des Concurses durch Vergleich (§ 156 Ö. C. O.) erlischt der Concursanspruch zum Theile durch Einverständniss und zum Theile durch volle Befriedigung der Gläubiger.[6])

Den genannten Beendigungsarten ist das Moment gemeinsam, dass durch dieselben die Forderungen der Concursgläubiger in ihrem juristischen Bestande eine Aenderung überhaupt nicht erleiden, ein Moment, welches regelmässig bei der Beendigung des Concurses durch Accord (Zwangsausgleich)[7]) fehlt.

Auch der rechtsgiltige Accord erledigt den Concursanspruch vollständig und giebt dadurch die bisher etwa gebundene Compensabilität frei.

Eine andere in der Praxis und Theorie häufig ventilirte Frage ist aber die, ob bei der Compensation die Forderung an den Gemeinschuldner nach ihrem ursprünglichen Nominalbetrage oder nach der durch den Accord reducirten Höhe in Rechnung gebracht werden solle. Bei der Beantwortung dieser Frage muss man den Fall, dass die Compensation bereits vor Eröffnung des Concurses möglich war, auseinanderhalten von dem anderen Falle, dass vor diesem Momente Compensabilität nicht vorhanden war.

Die richtige Ansicht im letzten Falle geht dahin, dass nur eine auf den concordatsmässigen Betrag beschränkte Compensation zulässig ist. Denn nur dieser geminderte Betrag kann

---

[6]) Vgl. die in Anm. 5 citirte Entscheidung.

[7]) Der Zwangsausgleich ist nach österreichischem Rechte (§ 207 Ö. C. O.) nur beim kaufmännischen Concurse zulässig. Diese Beschränkung hat die Pr. C. O. und namentlich die deutsche Reichs-Concursordnung, welche letztere ja die ganze Eintheilung in kaufmännischen und nicht kaufmännischen (gemeinen) Concurs nicht mehr kennt, mit Recht fallen gelassen. Motive S. 1538. Der Zwangsvergleich ist eigentlich, wie Schultze a. a. O. S. 114 bis 135 in trefflicher Weise dargelegt hat, kein Vertrag, sondern ein gerichtliches Erkenntniss.

noch agendo oder excipiendo beigetrieben werden.[8]) Der Ausfall repräsentirt lediglich eine naturalis obligatio, die als solche zwar freiwillig getilgt werden kann[9]), aber zur Compensation — insbesondere nach österreichischem Rechte[10]) — nicht taugt.

Auf eine Compensation aber, die noch vor Eröffnung des Concurses zulässig war, jedoch während desselben nicht vollzogen wurde, hat der Accord ganz und gar keinen Einfluss. Die Forderung des Gläubigers an den Gemeinschuldner gehört ja in diesem Falle zu den im § 225 Ö. C. O. aufgezählten Ansprüchen, die durch den Zwangsausgleich nicht berührt werden können. Sie ist ja gedeckt durch die Schuld des Gläubigers an den Gemeinschuldner, dem von Concurswegen das Recht erwuchs, sich abgesondert vom Concursverfahren im kurzen Wege zu befriedigen.[11])

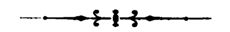
---

[8]) Dernburg Compensation S. 440.

[9]) Der Ausfall muss getilgt sein, wenn der Gemeinschuldner seine Rehabilitirung erlangen will. § 249 Ö. C. O. Auf diesen Fall einer naturalis obligatio im österreichischen Rechte ist unseres Wissens bisher nirgends aufmerksam gemacht worden.

[10]) Unger System II. S. 205 Anm. 13, Hasenöhrl öst. Obligationenrecht S. 40. Grawein Verjährung und gesetzliche Befristung S. 147, 148.

[11]) Striethorst Archiv XXXVI. No. 57 u. 58; XLII. No. 43. An der Hand der Compensations-Theorie des Martinus, wonach die Forderungen als von selbst erloschen anzusehen sind in jenem Zeitpunkte, in welchem sie einander als compensabel gegenübertraten, kommt zu demselben Resultate die Entscheidung bei Striethorst Archiv LXXXIII. No. 60.



Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.



